حلية العلماء

في

معرفة مذاهب الفقهاء

تأليف

سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال

حققه وعلق عليه

الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكه

الجزء الرابع

مكتبة الرسالة الحديثة

حلية العلماء

في

معرفة مذاهب الفقهاء

حلية العلماء

في

معرفة مذاهب الفقهاء

تأليف

سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال

حققه وعلق عليه

الدكتور ياسين أحمد ابراهيم درادكه

الأستاذ المساعد في كلية الشريعة ـ الجامعة الأردنية

الجزء الرابع

حقق هذا الجزء أثناء إجازة التفرغ العلمي

عام ٨٤ ـ ١٩٨٥م

مكتبة الرسالة الحديثة

الطبعة الأولى
١٩٨٨

الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة
تلفون: ٦٣٩٩٥٧ - ص.ب: ٦٦٠٠
المملكة الأردنية الهاشمية - عمان

بسم الله الرحمن الرحيم

تنبيه هام

١ ـ دراسة حياة مؤلف هذا الكتاب العلمية والعملية، ومكانة الكتاب التشريعية، وفائدة نشره في مقدمة الجزء الأول .

٢ ـ بيَّنت طريقتي في التحقيق في مقدمة الجزء الأول .

٣ ـ وقعت معظم التراجم للأعلام في الجزء الأول ، والثاني ، والثالث .

٤ ـ وصف تام لنسخ المخطوط في مقدمة الجزء الأول .

كتـاب البيـوع

باب الربا ـ باب بيع المرابحة
باب السلم ـ باب القرض

كتـاب الرهـن

كتـاب التفليس

بسم الله الرحمن الرحيم

(رب يسر وأعن)

كتاب البيوع(1)

....

---

(1) البيع : مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً/المغني لابن قدامة المقدسي جـ٣ : ٥٦٠ وذكر الكمال بن الهام : هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الإكتساب/ فتح القدير ٦ : ٢٤٦ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٤ : ٢ .

والبيع : من الأضداد ، يقال : باع كذا إذا أخرجه عن ملكه ، أو أدخله فيه ، وفي الخبر قال عليه الصلاة والسلام : (لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يبع على بيع أخيه) ، أي لا يشتري على شراء أخيه ، لأن المنهي عنه هو الشراء ، لا البيع وقال الفرزدق :

إن الشباب لرابح من باعه   والشيب ليس لبائعيه تجار

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٤ : ٢ .

قال ابن قتيبة وغيره : يقال : بعت الشيء بمعنى بعته ، وبمعنى شريته ، ويقال شريت الشيء بمعنى شريته ، وبعته ، وأكثر الإستعمال بعته : إذا أزلت الملك فيه بالمعاوضة ، واشتريته إذا تملكته بها ، وقال الأزهري : العرب تقول : بعت بمعنى بعت ما كنت ملكته ، وبعت بمعنى إشتريت ، قال : وكذلك شريت بالمعنيين ، قال : وكل واحد مبيع وبائع ، لأنه الثمن والمثمن كل منهما مبيع ، ويقال : بعته أبيعه فهو مبيع ، ومبيوع ، مخيط ومخيوط . =

يصح البيع من كل بالغ عاقل مختار ، فأما الصبي (و)[1] المجنون فلا يصح بيعهما[2] .

= قال الخليل : المحذوف من مبيع (واو) مفعول ، لأنها زائدة ، فهي أولى بالحذف .

وقال الأخفش : المحذوف (عين الكلمة) .

قال المازني كلاهما : حسن ، وقول الأخفش أقيس .

والإبتياع : الإشتراء وبايعته وتبايعنا، واستبعته ، سألته أن يبيعني وأبعت الشيء عرضته للبيع ، وبيع الشيء ـ بكسر الباء وضمها ـ والكسر أفصح ، وبوع ـ بضم الباء وبالواو ـ لغة ، فيه/ المجموع للنووي ٩ : ١٣٦ .

وإشتقاق البيع : من الباع ، لأن كل واحد من المتعاقدين : يمد باعه للأخذ والإعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه ، أي يصافحه عند البيع ، ولذلك سمي البيع صفقة/ المغني لابن قدامة جـ٣ : ٥٦٠ .

ثم البيع : مصدر، وقد يراد به المعنى وهو الأصل، فجمعه باعتبار أنواعه، فإن البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالعين ، وقلبه وهو البيع المطلق ، وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ، ومقابضة وهو بيع العين بالعين ، وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ، ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك/ فتح القدير للكمال بن الهمام ٦ : ٢٤٧ .

(١) (و) في المهذب للشيرازي وهو الصحيح ، المهذب مع المجموع ٩ : ١٤٢ وفي النسخ (أو) . وهذا من النساخ.

(٢) لقول النبي ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق) انظر تحقيقنا في حلية العلماء جـ ٨/٢ الحاشية .

ولأن البيع تصرف في المال ، والبيع يذهبه ، والواجب حفظ المال له بالإجماع ، ولنص القرآن الكريم في قوله ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ سورة النساء آية ٥ . =

....

= وبيع الصبي غير جائز، وكذلك شراؤه، وإجارته وسائر عقوده، سواء كان لنفسه أو لغيره وسواء باع بغبن أو بغبطه، وسواء كان مميزاً أو غير مميز، باشر بإذن الولي، أو بغير إذنه وسواء بيع الاختبار وغيره، وبيع الاختبار، هو الذي يمتحنه الولي به ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام، ولكن يفوض إليه الاستيام وتدبير العقد، فإذا انتهى الأمر إلى اللفظ، أتى به الولي.

ولا خلاف في شيء مما ذكرته عندنا إلا في بيع الاختبار ، فإن فيه وجهاً شاذاً ضعيفاً ، حكاه إمام الحرمين وآخرون من الخراسانيين ، أنه يصح ، والمذهب بطلانه/ روضة الطالبين ٣ : ٣٤٧ واستدل الشيرازي وغيره بهذا الحديث ، ووجه الدلالة منه ، أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي ، وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء وقيل : وجه الدلالة منه أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله والله أعلم المجموع/ ٩ : ١٤٣ .

قال الفقهاء ـ : لو اشترى الصبي شيئاً فتلف في يده ، أو أتلفه ، فلا ضمان عليه في الحال ، ولا بعد البلوغ ، وكذا لو اقترض مالاً ، لأن المالك هو المضيّع بالتسليم إليه . وما داما باقيين ، فللمالك الإسترداد ، ولو سلم ثمن ما اشتراه ، لزم الوالي استرداده ، ولزم البائع رده إلى الولي فإن رده إلى الصبي لم يبرأ من الضمان ، وهذا كما لو سلم الصبي درهماً إلى صراف لينقده ، أو سلم متاعاً إلى مقوم ليقومه ، فإذا أخذه لم يجز رده إلى الصبي ، بل يرده إلى وليه إن كان المال للصبي ، وإن كان لكامل فإلى المالك ، فلو أمره الولي بدفعه إلى الصبي فدفعه إليه ، سقط عنه الضمان إن كان المال للولي ، فإن كان للصبي فلا ، كما لو أمره بالقاء مال الصبي في البحر ففعل فإنه يلزمه الضمان . الروضة / ٣ : ٣٤٢ـ ٣٤٣ .

لو تبايع صبيان وتقابضاً ، وأتلف كل واحد منها ما قبضه ، نظر ، إن جرى ذلك بإذن الوليين فالضمان عليهما ، وإلا فلا ضمان على الوليين ، ويجب في مال الصبيين الضمان لأن تسليمهما لا يعد تسليطاً وتضييعاً ، بخلاف تسليم البالغ الرشيد / المجموع ـ ٩ : ١٤٣ . =

وقال أبو حنيفة وأحمد : يصح بيع الصبي الذي يعقل (ويميز)[1].

وبيع المكره لا يصح[2].

= ويؤخذ على كلام المؤلف : يصح البيع من كل بالغ عاقل مختار ، بيع الأعمى وأنه لا يصح بيعه ولا شراؤه ، والمحجور عليه بالسفه ، وبعض الفقهاء اشترط إسلام المشتري إن إشترى عبداً مسلماً أو مصحفاً ، والله أعلم .

أما المجنون ، فلا يصح بيعه بالإجماع ، وكذلك المغمى عليه . وأما السكران ، فالمذهب صحة بيعه وشرائه ، وسائر عقوده التي تضره والتي تنفعه .

والثاني : لا يصح شيء منها .

والثالث : يصح ما عليه دون ماله ، فعلى هذا يصح بيعه وهبته دون إيهابه ، وتصح ردته دون إسلامه / المجموع ٩ : ١٤٢ .

(١) (ويميز) في ب ، حـ وغير واضحة في أ .

لا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لأن أهلية المتصرف شرط إنعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الإنعقاد بدونه، فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا ، حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفاً على إجازة وليه وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ،/بدائع الصنائع للكاساني ٦: ٢٩٨٧، وفتح القدير ٦:٢٤٨.

(٢) إن كان الإكراه بغير حق ، لم يصح بيعه لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾ سورة النساء آية / ٢٩ .

ولحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في البيهقي وهو حديث طويل (لألقين الله من قبل أن أعطي أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه ، إنما البيع عن تراض) المهذب للشيرازي مع المجموع / ٩ : ١٤٥ ، والسنن الكبرى للبيهقي / ٥ : ٢٧١ .

وإن كان الإكراه بحق صح بيعه ، وصورة الإكراه بحق ـ أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه فيمتنع من بيعه بعد إمتناع المالك من الوفاء والبيع . =

وقال أبو حنيفة : يصح ويقف على إجازة المالك المكره .

ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول (بالقول)[1] فأما المعطاة ، فلا ينعقد بها البيع[2].

وحكى عن أبي حنيفة أنه قال : التعاطي بيع[3] .

= قال القاضي أبو الطيب ، في كتاب التفليس والأصحاب : القاضي بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين ، وإن شاء أكرهه على بيعه ، وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه ، الجموع / ٩ : ١٤٦ .

(١) (بالقول) : في ب ، حـ وغير واضحة في أ .
الانعقاد: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل.
والإيجاب : الإثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين إيجاباً ، لأنه يثبت للآخر خيار القبول . فإذا قبل : يسمى كلامه قبولاً وحينئذٍ : لاخفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجاباً والمتأخر قبولاً . العناية على الهداية مع فتح القدير / ٦ : ٢٤٨ .

(٢) المعاطاة : ليست بيعاً على المذهب ، إلا أن الشافعية أجازت التعاطي في المحقرات ، وبه أفتى الروياني وغيره ، والمحقرّ ، كرطل خبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة ، وقيل هو ما دون نصاب السرقة ، / الروضة للنووي ٣ : ٣٣٦ - ٣٣٧ .

(٣) وجوزوا البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس . والنفيس نصاب السرقة فصاعداً ، والخسيس ما دونه . وأراد بالخسيس : الأشياء المحترقة ، كالبقل والرغيف ، والبيض والجوز إستحساناً للعادة / فتح القدير ٦ : ٢٥٢ .

والغريب أن القفال قد أغفل رأي أحمد مع العلم أن الحنابلة يقولون ببيع المعاطاة ، مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار جزءاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار ، فيأخذه ، فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد فيمن قال لخباز : كيف تبيع الخبز ؟ قال كذا بدرهم قال : زنه وتصدق به ، فإذا وزنه فهو عليه . =

وقال مالك : (البيع)[1] ما يعده الناس بيعاً ، واختاره الشيخ أبو نصر رحمه الله

وينعقد البيع بلفظ الاستدعاء مع الإيجاب ، وهو أن يقول : بعني فيقول : بعتك[2].

وقال أبو حنيفة : لا ينعقد بلفظ الاستدعاء[3] .

ولا بد من القبول بلفظ الماضي ، ويصح القبول في النكاح بلفظ الاستدعاء[4] .

= ولأن الله أحل البيع ، ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً ، وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم / المغني لابن قدامه ٣ : ٥٦٢ .

(١) (البيع) في ب ،حـ وفي أ ساقطه .

(٢) لأن ذلك تضمن الإيجاب والقبول / المهذب للشيرازي مع المجموع جـ ٩ : ١٤٩.

(٣) لأن النبي ﷺ استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده ، فكان الإنعقاد مقتصراً عليه ، ولأن لفظ المستقبل ، إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعاً ، وإن كان من جانب المشتري كان مساومه ، وقيل : هذا إذا كان اللفظان ، أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال . وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي : ثم قيل في تعليله ، لأن صيغة الإستقبال تحتمل الحال ،فصحت النية . وقيل : لأن هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للإستقبال ضرب تجوز / العناية على فتح القدير للبابرتي ٦ : ٢٥٠ .

(٤) إذا قال : زوجني ! فقال : زوجتك بمجرد ذلك ، لأن هذا توكيل يعني زوجتك فإذا قال زوجتك كان ممتثلاً أمر الموكل مزوجاً له ، ووليماً لمن زوجها ، والواحد يتولى طرفي عقد النكاح . هذا ولفظ الأمر في النكاح جعلت إيجاباً ، لأن النكاح لا يصرح بالخطبة فيه ، وطلبه إلا بعد مراجعات وتأمل واستخارة =

فإن كتب إليه ببيع سلعة منه ، فقبل البيع ، لم يصح في أصح الوجهين[1] .

وحكى في الحاوي في قوله: ملكتك هذا بكذا، هل ينعقد (البيع)[2] فيه وجهان[3]:

وذكر[4] أن أصحهما : أنه لا ينعقد[5] .

(وإذا)[6] انعقد البيع بالإيجاب والقبول ، ثبت لكل واحد (من)[7] المتبايعين خيار المجلس ما لم يتفرقا أو يتخايرا[8] .

= غالباً ، فلا يكون لفظه طلبه أعني زوجني مساومة بل تحقيقاً فاعتبر إيجاباً .

ورد النكاح بعد إيجابه يلحق الشين بالأولياء ، بخلاف البيع / فتح القدير للكمال بن الهمام / ٦ : ٢٥٠ .

(١) معناه : تبايع حاضران بالمكاتبة ، والشافعية منعت البيع بالمكاتبة في حالة الغيبة فهنا أولى ، والوجه الثاني : أنه ينعقد البيع بالمكاتبة لحصول التراضي ، لاسيما وقد قدمنا أن الراجح إنعقاده بالمعاطاة . إلا أن الشيرازي يرجح عدم الإنعقاد ، لأنه قادر على النطق ،فلا ينعقد البيع بغيره ،الروضة: ٣: ٣٣٨ـ ٣٣٩ والمجموع ٩ : ١٤٩ ، ١٥٤ .

(٢) (البيع) : في ب ، حـ وفي أ ، والأول هو الصحيح .

(٣) فيه وجهان) : في ب ، حـ وفي أ وجهين ، والأول أصح .

(٤) (وذكر) : في ب ، حـ وفي أ ذكر .

(٥) ويذكر النووي رحمه الله عن هذا الوجه أنه وجه شاذ عند الماوردي ، والأصح عنده وعند الشافعية ، أنه ينعقد والله أعلم / المجموع ٩ : ١٥٣ .

(٦) (وإذا) : في ب ، حـ وفي أ فإذا والأول هو الصحيح .

(٧) (من) : في أ وفي ب والأول هو الصحيح . أنظر المهذب للشيرازي مع المجموع ٩ : ١٦١ .

(٨) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ : البيعان بالخيار =

وقال أبو حنيفة ومالك : لا يثبت خيار المجلس بهما[1] .

= مالم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر إختر . رواه البخاري ومسلم بلفظه . وأما الأثر المذكور عن ابن عمر أنه كان يمشي أذرعاً . والحديث في الصحيحين بغير هذا اللفظ : فلفظ البخاري : (فارق صاحبه) ولفظ مسلم : (قام فمشى هنيهة ثم رجع) ولفظ الترمذي قال نافع : فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعاً وهو قاعد ، قام ليجب له البيع . وقوله ﷺ : (أو يقول) هكذا هو في الصحيحين . انظر صحيح البخاري جـ ٢ : ١٢ وانظر صحيح مسلم جـ ١٠ : ١٧٣ .

والتفرق : أن يتفرقا بابدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه ، وإن لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجزاً من ستر أو غيره ، لم يسقط الخيار ، لأن ذلك لا يسمى تفرقاً .

أما التخاير : فهو أن يقول أحدهما للآخر : اختر إمضاء البيع ، أو فسخه ، فيقول الآخر اخترت إمضاءه أو فسخه ، فينقطع الخيار لقوله عليه السلام : (أو يقول أحدهما للآخر إختر) .

فإن خير أحدهما صاحبه فسكت ، لم ينقطع خيار المسؤول ، وهل ينقطع خيار السائل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ينقطع خياره .

والثاني : أنه ينقطع : لقوله عليه السلام (أو يقول أحدهما للأخر إختر) فدل على أنه إذا قال يسقط خياره / المهذب للشيرازي مع المجموع ٩ : ١٦١ ويوافق رأي الشافعية الحنابله / انظر المغني لابن قدامة ٣ : ٥٦٣ ـ ٥٦٤ .

(١) والحنفية تشترط إتحاد المجلس بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، ن اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع ، فقام الأخر عن ا مجلس قبل القبول ، واشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل لا ينعقد : لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس، لأنه كما وجد أحدهما ، إنعدم في الثاني من زمان وجوده ، فوجد الثاني ، والأول منعدم ، فلا ينتظم عندئذٍ الركن . إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى إنسداد باب =

فإن أكرها على التفرق (لزم)[1] البيع في أحد الوجهين ، فإن قاما من مجلسهما ومشيا ، لم يلزم البيع .

(وحكى في الحاوي)[2] عن (عبيد الله)[3] بن (الحسن)[4] العنبري : أنه يلزم البيع بذلك .

وأما التخاير : فهو أن يقول أحدهما للآخر : اختر ، فيقول الآخر : اخترت إمضاء البيع أو فسخه ، فإن سكت المقول له ، لم ينقطع خياره .

وهل ينقطع خيار القائل ؟ (فيه)[5] وجهان :

أظهرهما : أنه ينقطع[6] .

= البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً ، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقتضياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف عندنا . بدائع الصنائع للكاساني / جـ٦ : ٢٩٩٢ .

(١) (لزم) : في ب ، حـ ، وفي أ لم يتم ، وكلا الرأيين صحيح عند الشافعية ، لأن المسألة تلزم في وجه ولا تلزم في وجه ثانٍ . وإذا أكره أحد العاقدين على مفارقة المجلس ، فحمل مكرهاً حتى أخرج منه ، أو أكره حتى خرج بنفسه ، فإن منع من الفسخ بأن سد فمه لم ينقطع خياره على المذهب ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، وجمهور الأصحاب .

(٢) (وحكى في الحاوي) : في ب ، حـ ، وفي أ وحكى في الحاوي.

(٣) (عبيد الله): في أ ، حـ ، وفي ب عبد الله ، والصحيح الأول : أنظر تهذيب الأسماء واللغات للنووي ١ : ٣١١ .

(٤) (الحسن) : في أ ، وفي ب الحسين، والصحيح الأول : أنظر تهذيب الأسماء واللغات للنووي ١ : ٣١١ .

(٥) (فيه) : في ب ، حـ وفي أ فيها .

(٦) لقوله عليه الصلاة والسلام : (أو يقول أحدهما للآخر اختر) صحيح البخاري بحاشية السندي ٢ : ١٢ . فدل على أنه إذا قال : يسقط خياره =

فإن باع الأب مال ولده من نفسه ، ثبت له خيار المجلس ما لم يفارق مجلس العقد على الصحيح من المذهب(١) .

وقيل : يثبت له الخيار ما لم يختر امضاء البيع .

وقيل : لا يثبت له خيار المجلس . .

فإن باعه على أن لا خيار له ، لم يصح (الشرط)(٢) في أصح الوجهين(٣) ، وهل يفسد به البيع ؟ فيه وجهان :

= والوجه الثاني : لا ينقطع خياره. كما لو قال لزوجته: إختاري فسكتت، فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط / المهذب للشيرازي مع المجموع ٩ : ١٦١ .

(١) إذا باع الأب مال ولده من نفسه أو بالعكس، ففي ثبوت خيار المجلس وجهان: الأول كما ذكر القفال وعليه: يثبت الخيار للأب، والخيار للولد، والأب نائبه. فإن ألزم البيع لنفسه وللولد، لزم، وإن ألزم لنفسه، بقي الخيار للولد ، وإذا فارق المجلس ، لزم العقد على الأصح ، والثاني : لا يلزم إلا بالإلزام، لأنه لا يمكن أن يفارق نفسه وإن فارق المجلس / روضة الطالبين ٣ : ٤٣٣ ، ٤٣٤ .

وذكر الماوردي : أن الوجه الأول قول أبي إسحاق المروزي ، والثاني : قول جمهور أصحابنا ، قال : فعلى الثاني :لا ينقطع الخيار إلا بأن يختار الأب لنفسه وللولد ، فإن لم يختر ثبت الخيار للولد إذا بلغ .

والمذهب الأول: قال البغوي: ولو كان العقد بينه وبين ولده صرفاً ففارق المجلس قبل القبض بطل العقد على الوجه الأول، ولا يبطل على الثاني إلا بالتخاير/ المجموع/ ٩: ١٦٢ .

(٢) (الشرط) : في أ ، حـ وفي ب العقد والصحيح الأول ، لأن المقصود هو شرط الخيار .

(٣) لأن الخيار جعل رفقاً بالعاقدين ، فجاز لهما تركه ، ولأن الخيار غرر ، فجاز إسقاطه ، وقال أبو إسحاق : لا يصح وهو الصحيح ، لأنه خيار يثبت بعد تمام =

أصحهما : أنه يبطل[1] .

فإن قال لعبده : إذا بعتك فأنت حر ، ثم باعه على أن لا خيار للمشتري .

ـ فإن قلنا : إن البيع صحيح والشرط فاسد عتق العبد (وما)[2] سواه لا يعتق .

ويجوز شرط الخيار (ثلاثة أيام ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : شرط الخيار)[3] على حسب ما تدعو إليه الحاجة في

= البيع ، فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع :/ المهذب مع المجموع ٩ : ١٦١ ، وقد ذكر القاضي حسين هذه المسألة أقوالاً : (أصحها) أن البيع باطل ، وهو المنصوص في البويطي والقديم . (والثاني) أنه صحيح ولا خيار (والثالث) صحيح والخيار ثابت / المجموع / ٩ : ١٦٦ .

(١) لأنه يسقط موجب العقد فأبطله ، كما لو شرط أن لا يسلم المبيع ، والوجه الثاني : لا يبطل لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض / المهذب للشيرازي مع المجموع ٩ : ١٦٢ .

(٢) (وما) : في أ ، حـ وفي ب ويما .

(٣) (ثلاثة أيام ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : شرط الخيار) ساقطة من أ وموجوده في ب ، حـ واستدلت الشافعية والحنفية لما روى محمد بن يحي بن حبان قال : كان جدي قد بلغ ثلاثين ومائة سنة ، لا يترك البيع والشراء ولا يزال يخدع ، فقال له رسول الله ﷺ: (من بايعته فقل: لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثاً).

يقول النووي رحمه الله : هذا الحديث أتى به مرسلاً ، لأن محمد بن يحي بن حبان لم يدرك النبي ﷺ ، وهذه القصة لم يذكر في هذه الرواية أنه سمعها من غيره ، وهو تابعي ، فثبت أنه وقع هنا مرسلاً .

وهذا الحديث قد روى بالفاظ منها : حديث ابن عمر قال : «ذكر رجل =

= لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال له رسول الله ﷺ : (من بايعت فقل لاخلابه)» رواه البخاري ومسلم / صحيح البخاري ١٣/٢ ،ومسلم ١٠ : ١٢ .

وعن يونس بن بكير قال : حدثنا محمد بن إسحاق قال : حدثني نافع عن ابن عمر قال : سمعت رجلاً من الأنصار يشكو إلى رسول الله ﷺ ، أنه لا يزال يغبن في البيع ، فقال رسول الله ﷺ ، إذا بايعت فقل : لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد .

قال ابن عمر : فكأني الآن أسمعه إذا إبتاع يقول : لا خلابه . السنن الكبرى للبيهقي ٥ : ٢٧٣ .

قال ابن إسحاق : فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحي بن حبان قال : كان جدي منقذ ابن عمرو ، وكان رجلاً قد أصيب في رأس أمه وكسرت لسانه ، ونقصت عقله وكان يغبن في البيع ، وكان لا يدع التجارة ، فشكا ذلك إلى النبي ﷺ فقال : (إذا ابتعت فقل : لا خلابه ، ثم أنت في كل بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليال ، إن رضيت فامسك ، وإن سخطت فاردد) فبقي حتى أدرك زمن عثمان ، وهو ابن مائة وثلاثين سنه ، فكبر في زمان عثمان ، فكان إذا اشترى شيئاً فرجع به فقالوا له ، لِمَ تشتري أنت؟ فيقول : قد جعلني رسول الله ﷺ فيما ابتعت بالخيار ثلاثاً، فيقولون: أردده فإنك قد غبنت، أو قال: غششت فيرجع إلى أبيه فيقول : خذ سلعتك واردد دراهمي ، فيقول لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول : إن رسول الله ﷺ قد جعلني بالخيار فيما تبتاع ثلاثاً فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته) / السنن الكبرى للبيهقي ٥ : ٢٧٣ .

هذا الحديث حسن رواه البيهقي بهذااللفظ باسناد حسن ، وكذلك رواه ابن ماجه ، باسناد حسن وكذا رواه البخاري في تاريخه في ترجمة منقذ بن عمرو بإسناد صحيح / المجموع ٩ : ١٧٦ - ١٧٧ .

وانظر فتح القدير للكمال بن الهمام ٦ : ٢٩٩ وكذلك الهداية للمرغيناني والعناية على الهداية للبابرتي بهامش فتح القدير . هذا وقد بسطت في هذا الحديث لأهميته في خيار الشرط .

المال ، ويختلف ذلك باختلاف الأموال، فلا يجوز الزيادة على (ما تدعو)[1] الحاجة إليه .

فإن كان المبيع فاكهة لا تبقى أكثر من يوم لم يجز أن (يشرط)[2] الخيار فيها أكثر من يوم ، وإن كان (ضيعه) [3] لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام ، جاز أن (يشرط)[4] فيها أكثر من ثلاثة .

ولا يجوز أن يشترط الخيار زيادة على ثلاثة أيام وبه قال أبو حنيفة [5] .

وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد : يثبت (في)[6] الخيار ما يتفقان على شرطه كالأجل[7].

---

(١) (ما تدعو): في أ، ب وفي ما تدعوه .

وتقدير مالك بالحاجة: لا يصح، فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها ، وإنما يربط بمظنّها وهو الإقدام فإنه يصح أن يكون ضابطاً وربط الحكم به فيما دون الثلاث وفي السلم والأجل / المغني لابن قدامة ٣ : ٥٨٦ .

(٢) (بشرط) : في أ ،حـ وفي ب يشترط ، لأن الخيار شرع للحاجة ولا حاجة لأكثر من يوم للفاكهة .

(٣) (ضيعه) : في ب ،حـ وفي أ منعه وهذا تصحيف من النساخ ، والضيعه : القرية .

(٤) (يشرط) : في أ ،حـ وفي ب يشترط .

(٥) وهذا عند الإمام الشافعي وأبي حنيفة وزفر من فقهاء الحنفيـة، ولا يجوز عند أبي حنيفة إذا زاد على ثلاثة أيام ، وكذلك لا يجوز إذا أطلق .

(٦) (في): في أ، حـ وفي ب، من .

(٧) وقالا : يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما (أجاز البيع =

وعندنا: إذا (شرط)[1] زيادة على ثلاثة، بطل العقد، ولا يعود صحيحاً بإسقاطه[2].

وقال أبو حنيفة : إذا (أسقطا)[3] الزيادة على الثلاث في مدة الثلاث ، صح البيع[4] .

= إلى شهرين) وهذا دليل جزء الدعوى لأنها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أو قصرت . وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير . لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروّي ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن . وبقولهما قال أحمد لقوله عليه الصلاة والسلام : (المسلمون عند شروطهم) سنن أبي داودجـ٢ : ٢٧٣ ، الهداية للمرغيناني مع فتح القدير ، والعناية على الهدايةحـ٦ : ٣٠٠ ـ ٣٠١ .

قال ابن قدامه المقدسي : ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة ، قلت مدته أو كثرت ، وبذلك قال ابو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وحكي ذلك عن الحسن بن صالح والعنبري ، وابن أبي ليلى وإسحاق ، وأبي ثور وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام ، لأن الخيار لحاجته فيقدر بها / المغني لابن قدامهجـ٣ : ٥٨٥ ـ ٥٨٦ .

(١) (شرط) : في ب ،حـ وفي أ اشترط ، انظر المجموع للنووي ٩ : ١٧٨ .

(٢) لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور ، ولأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالباً ، وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار ، لما فيه من الغرر ، وإنما جوز الخيار للحاجة ، فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالباً وهو ثلاثة أيام ، هذا هو المشهور في المذهب . / المجموع ٩ : ١٧٨ .

(٣) (اسقطا) في أ،ب وفي حـ أسقط والأول هو الصحيح .

(٤) لأنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزاً ، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه ، فيبقى العقد صحيحاً / الهداية مع فتح القدير ٦ : ٣٠٢ .

ومن (أصحابه)[1] من يقول : يقع العقد موقوفاً على إسقاط الزيادة ، فإن أسقطاها وقع البيع صحيحاً ، وإن لم يسقطاها ، وقع فاسداً .

فإن شرط الخيار لأجنبي ، صح الشرط في أحد القولين[2] وبه قال مالك : والقول الثاني : لا يصح[3] .

وقال أبو حنيفة : يصح الشرط[4] .

---

(١) (أصحابه) : في ب ،حـ وفي أ أصحابنا والأول : هو الصحيح فيستقيم المعنى لأن من أصحاب أبي حنيفة وهم : مشايخ خراسان ، والإمام السرخسي ، وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر : يقولون : هو موقوف ، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحاً ، وإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه . / فتح القدير) : ٦: ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٢) لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة ، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي بأن يكون أغر بالمتاع منهما المهذب / مع المجموع ٩ : ١٨٣ وهـو الأشهر من نصوص الشافعي رحمه الله، نص عليه في الإملاء، وفي الجامع الكبير، وبه قطع الغزالي وغيره ، ونقل إمام الحرمين في النهاية إتفاق الأصحاب عليه ، ولم يذكر فيه خلافاً ، وليس كما ادعى .

(٣) لأنه حكم من أحكام العقد ، فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر الأحكام ، وحكى الماوردي عن ابن سريج وجهاً : أن البيع صحيح والشرط باطل / المجموع والمهذب ٩ : ١٨٣ .

(٤) القياس : لا يجوز وهو قول زفر ، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه ، فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري، لكن العلماء الثلاثة (أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد) استحسنوا جوازه لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار للأجنبي ، لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد ، فصار كالإحتياج إلى نفس الخيار . وطريق ذلك : أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد إقتضاء ، إذ لا وجه لإثباته للغير أصالة ، فيجعل كأنه شرط لنفسه وجعل الأجنبي نائباً عنه =

ويثبت الخيار للأجنبي (والمشترط)[1] وهو أحد وجهي أصحابنا[2].

والثاني: أنه يثبت للأجنبي وحده.

- وإذا قلنا: يفسد الشرط (يفسد)[3] البيع.

ويحكي عن أبي العباس وجه آخر: أن البيع صحيح والشرط فاسد[4].

قال الشافعي رحمه الله في الإملاء: إذا قال بعتك على أن (أستأمر)[5] فلاناً، لم يكن له أن يرد حتى يقول /: قد (استأمرته)[6] فامرني بالرد، وظاهر هذا (جواز)[7] شرط الخيار لغيره من غير توقيت (بالثلاث)[8].

= في التصرف تصحيحاً له بقدر الإمكان / العناية على الهداية للبابرتي مع فتح القدير ٦ : ٣٢٠.

(١) (والمشترط) : في ب ، حـ وفي أ للشرط والأول هو الصحيح.

(٢) لأنه إذا ثبت للأجنبي من جهة ، فلأن يثبت له أولى.

(٣) (يفسد) : في أ ، حـ وفي ب فسد والأول أصح لأنه جواب الشرط.

(٤) حكى الماوردي عن ابن سريج وجهاً أن البيع صحيح والشرط باطل ، وعلى هذان وجهان :

أحدهما : يكون البيع لازماً لا خيار فيه.

والثاني : أن بطلان الخيار يختص بالأجنبي ، فيصح البيع ويثبت الخيار للعاقد / المجموع ٩ : ١٨٤.

(٥) (أستأمر): في أ ، حـ وفي ب استأجر وهذا تصحيف من النساخ.

(٦) (استأمرته) : في أ ، حـ وفي ب استأجرته وهذا تصحيف من النساخ.

(٧) (جواز) : في ب ، حـ وفي أ بجواز والأول وهو الصحيح.

(٨) (بالثلاث) : في ب، وفي أ، حـ بالثلث، ولعل الخطاط يجعل الثلث هي ثلاث.

فمن أصحابنا من قال : أراد به في (الثلاث) [1].

ومنهم من قال : أراد به إذا باع ما لم يره .

ومنهم من قال في قوله : (فأمرني) [2] بالرد : إنما قال ذلك إذا قلنا : أن الخيار المشروط للأجنبي . يختص (به) [3].

وقيل : إنما قصد (بهذا) [4] الكلام أن يتحرى الصدق فلا يكذب في (ذكر) [5] ذلك .

وفي ابتداء مدة الخيار وجهان :

أحدهما : من حين العقد [6] .

والثاني : من حين التفرق [7] .

---

(١) (الثلاث) : في ب، وفي أ، حـ بالثلث، ولعل الخطاط يجعل كتابة الثلاث (ثلث) والله أعلم .

(٢) (فأمرني) : في ب ،حـ وفي أ وأمرني ، والأول هو الصحيح كي يستقيم المعنى وينسجم مع القول الأول السابق .

(٣) (به) : ساقطه من أ وموجوده في ب ،حـ .

(٤) (بهذا) : في ب ،حـ ، وفي أ هذا والأول هو الصحيح .

(٥) (ذكر) : ساقطة من ب ، وموجودة في أ ،حـ .

(٦) لأنه مدة ملحقة بالعقد، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل، ولأنه لو أعتبر من حين التفرق، صار أول مدة الخيار مجهولاً، لأنه لا يعلم متى يفترقان المهذب للشيرازي مع المجموع ٩: ١٨٥ .

(٧) لأن ما قبل التفرق ، الخيار ثابت فيه بالشرع ، فلا يثبت فيه بشرط الخيار المهذب للشيرازي مع المجموع ٩ : ١٨٥ .

ـ فعلى هذا إن شرطا أن يكون ابتداء المدة من حين العقد ، ففيه وجهان :

أحدهما : يصح[1] .

والثاني : لا يصح (العقد) [2] .

ذكر القاضي حسين : أن ابتداء الأجل (المشروط) [3] في بيع الخيار (يبنى) [4] على ابتداء الخيار .

فإن قلنا : من حين العقد ، فالأجل كذلك ، وإن قلنا من حين التفرق ففي الأجل وجهان :

ـ فإن شرطا الخيار إلى الليل ، لم يدخل الليل في الخيار .

وقال أبو حنيفة : يدخل فيه .

ـ فإن شرطا خيار ثلاثة أيام ، ومضت المدة من غير اختيار ، فسخ (ولا إجازة)[5] ، لزم البيع .

وقال مالك : لا يلزم بمجرد ذلك .

---

(١) لأن ابتداء الوقت معلوم .

(٢) (العقد) : في أ ، ب وساقطة من حـ وعلى كلا الحالين يصح الابقاء والحذف لعود الضمير على العقد / الشيرازي على المجموع/٩ : ١٨٦ . وكونه لا يصح العقد : لأنه شرط ينافي موجب العقد فأبطله .

(٣) (المشروط) : في أ ، ب وفي حـ ، المشترط والأول أصح .

(٤) (يبنى) : في ب ،حـ وفي أ ينبني والأول أصح .

(٥) (ولا إجازة) في حـ وفي ب الإجاره ، وفي ج ولا إجاره ، لأن الخيار يمنع لزوم العقد . فإذا انقضت مدته لزم بخلاف الإيلاء .

حكى القاضي حسين ـ في الزيادة في الثمن أو النقصان في (المجلس)[1] عن القفال أنه كان يقول يلحق بالعقد ، وفي (خيار)[2] الشرط لا يلحق بالعقد .

والعراقيون من أصحابنا : بنوا ذلك على انتقال الملك .

ومن أصحابنا من قال : يلحق بكل حال في مدة الخيار .

فإن شرط في البيع شرطاً فاسداً ، ثم أسقط في مدة المجلس ، لم يصح العقد .

وذكر صاحب التقريب[3] ، أن العقد يعود صحيحاً ،

والقفال رحمه الله ، أنكر هذا الوجه وقال ، المجلس إنما (يكون)[4] للعقد الصحيح دون الفاسد .

فإن تخايرا في عقد الصرف والسلم في مدة المجلس (قبل القبض)[5] قال أبو العباس بن سريج ـ يبطلان[6] .

---

(١) (المجلس) في أ ، حـ وفي ب المحلين والأول أصح .

(٢) (خيار) في حـ وفي أ ، ب إختيار .

(٣) صاحب التقريب : هو القاسم بن محمد علي الشاشي .

(٤) (يكون) : فـ أ ، ب وفي حـ ، يكن .

(٥) (قبل القبض) : ساقطة من أ ، ب و موجوده في حـ .

(٦) إن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس ، كالصرف ، وبيع الطعام بالطعام ، أو القبض في أحد العوضين كالسلم ، لا يجوز شرط الخيار فيها ، لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع ، (ولهذا) لا يجوز أن يتفرقا إلا عن قبض العوضين ، فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ولم يتم البيع بينهما / المهذب للشيرازي مع المجموع ١٧٦/٩ .

وقيل : لا يبطل العقد ، ويسقط الخيار ، ويبقى تمام العقد موقوفاً على القبض ، والصحيح عندنا : هو الأول ،

فإن باعه سلعة على أنه لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، فذلك شرط فاسد يفسد البيع ، وكذلك إذا قال البائع بعتك ، على (أني إن)[1] رددت عليك الثمن (بعد ثلاثة أيام)[2] فلا بيع بيننا[3] .

وقال أبو حنيفة ـ البيع صحيح ، ويكون القول الأول إثبات خيار للمشتري وحده ، والقول الثاني إثبات خيار للبائع وحده[4] .

---

(١) (أني إن) : ـ وفي أ ، ب ، إن وفي حـ أني والأول هو أصح .

(٢) (ثلاثة) : ـ في ب ، حـ وساقطة من أ وهو سهو من الخطاط والله أعلم .

(٣) وقد حكي فيهما المتولي وجهين ، ـ الأول يصح العقد ، ويكون تقدير الصورة الأولى أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط ، وفي الثانية ـ أن البائع شرطه لنفسه فقط ، وهذا قول أبي إسحاق قال : لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجاز ذلك .

والثاني : وهو الصحيح باتفاقهم ، وبه قطع الروياني وغيره ، أن البيع باطل في الصورتين لأن هذا ليس بشرط خيار ، بل هو شرط فاسد مفسد للبيع لأنه شرط في العقد شرطاً مطلقاً ، فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم ، فلا بيع بينهما / المجموع ٩/١٨٠ ـ ١٨١ .

(٤) إن إشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وإلى أربعة أيام ، لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد : ـ يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد في الثلاث ، جاز في قولهم جميعاً / بداية المبتدى للمرغيناني ٦/٣٠٤

يقول البابرتي ـ هذه المسألة على وجوه

ولا يكره نقد الثمن في مدة الخيار ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : يكره تسليم الثمن في مدة الخيار .

ولمن ثبت له الخيار ، فسخ البيع بمحضر من صاحبه ، وفي غيبته[1] ، وبه قال مالك وأبو يوسف وزفر ، وأحمد .

وقال أبو حنيفة ، ليس له الفسخ إلا بمحضر من صاحبه ، وبه قال محمد[2] .

= – فأما أن قال : على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع .
– أو قال : على أنه إن لم ينقد الثمن أياماً ، فلا بيع وهما فاسدان .
– أو قال : على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، وهو جائز عند علمائنا الثلاث .

والقياس : وهو قول زفر أن لا يجوز ، لما أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد ، والثلاثة أجازوا وذلك : لأن الأصل في هذا : أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذا الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ ، فيكون ملحقاً به بداية المبتدى والهداية للمرغيناني ، والعناية على الهداية للبابرتي، وفتح القدير للكمال بن الهمام وحاشية سعدي جلبي / أنظر فتح القدير ٦/٣٠٤ .

(١) لأنه رفع عقد ، جعل إلى إختيار من له الخيار ، ولا يفتقر إلى رضا صاحبه فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق / المغني لابن قدامه المقدسي ٣/٥٩١ .

(٢) لأنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ، ولا يعرى عن المضرة ، لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه ، فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك ، فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر ، فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل ، بخلاف الإجازة ، لأنه لا إلزام فيه ، ولا نقول إنه مسلط ، وكيف يقال ذلك ، وصاحبه لايملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ، ولو كان فسخ في مال غيبة صاحبه ، وبلغه في المدة ، تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة ، تم العقد =

فإن شرط في البيع خياراً مجهولاً ، بطل الشرط والبيع ، وهو قول أبي حنيفة[1] .

وقال ابن أبي ليلى ، البيع صحيح ، والشرط باطل .

وقال (ابن)[2] شبرمة : الشرط صحيح ، والبيع صحيح وهو ظاهر قول أحمد[3] .

= بمضي المدة قبل الفسخ / بداية المبتدى والهداية للمرغيناني والعناية على الهداية للبابرتي ، وفتح القدير للكمال بن الهمام / أنظر فتح القدير ٦/٣١٢ - ٣١٧ .

(١) لأنه يشترط كون المدة معلومة فإن شرطا الخيار مطلقا ولم يقدراه بشيء ، أو قدراه بمدة مجهولة كقوله ، بعض يوم أو إلى أن يجيء زيد أو غير ذلك ، بطل البيع بلا خلاف عندنا / المجموع ٩/١٧٩ .

(٢) (ابن)، في حـ وفي أ ، ب بن .

(٣) وهما على خيارهما أبداً ، أو يقطعاه ، أو تنتهي مدته إن كان مشروطاً إلى مدة ، وهو قول ابن شبرمه ، لقول النبيﷺ (المسلمون على شروطهم) هذا الحديث عن أبي هريرة رواه أحمد وأبو داود/ أنظر سنن أبي داود، ٢ /٢٧٣، ونيل الأوطار للشوكاني ٥/١٩٧ ، وأنظر كتابنا نظرية الغرر ١ /٢٦ وقال مالك ـ يصح وتضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة ، لأن ذلك مقدر في العادة ، فإذا أطلقا حمل عليه .

وقال أبو حنيفة: ـ إن أسقطا الشرط قبل مضي الثلاث أو حذفا الزائد عليها وبينا مدته صح، لأنهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد، فوجب أن يصح كما لو لم يشترطاه/ الهداية ـ أنظر فتح القدير ٦/٣٠٣.

ولأحمد : ـ أنها مدة ملحقة بالعقد، فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولأن اشتراط الخيار ابداً يقتضي المنع من التصرف على الأبد ، وذلك ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف / المغني لابن قدامه ٣ /٥٨٩ - ٥٩٠ .

وقال مالك ـ إذا شرطا الخيار ، ولم يقدراه (بقدره)[1] جاز (وضرب)[2] لهما (ما يختبر)[3] في هذه العادة .

(١) (بقدر) : في حـ وساقطه من أ ، ب والأول هو الصحيح .

(٢) (وضرب) : ـ في أ ب وفي حـ ولو ، والأول هو الصحيح .

(٣) (ما يختبر) : ـ في ب ، حـ وفي أ تخيير ، والأول هو الصحيح .

فصل

إذا تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار ، سقط خياره في أصح الوجهين(١) .

---

(١) الوجه الأول : ـ لأبي سعيد الأصطخري .
والوجه الثاني لأبي إسحاق .
الفسخ والإجازة في خيار المجلس ، وخيار الشرط ، يحصلان بكل لفظ يفهم منه ذلك كقول البائع : ـ فسخت البيع ، أو استرجعت المبيع أو رددته ، أو رددت الثمن ونحو ذلك ، فكل هذا فسخ .
والإجازة : ـ أجزت البيع وأمضيته ، واسقطت الخيار ، وأبطلت الخيار ونحو ذلك .
قال الصيمري : ـ وقول البائع في زمن الخيار ـ لا أبتاع حتى يزيد في الثمن ، مع قول المشتري لا أفعل ، يكون فسخاً ، وكذا قول المشتري ـ لا أشتري حتى ينقص عني من الثمن مع قول البائع لا أفعل ، وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل ، وطلب المشتري تأجيل الثمن المال ، كل هذا فسخ / المجموع ٩ /١٨٩ .

وقال أبو إسحاق ـ إن كان عتقاً سقط خياره ، وإن كان غيره من بيع ، أو هبة لم يسقط[1] .

فإن وطىء المشتري الجارية المبيعة في مدة الخيار (بحضرة) البائع وهو ساكت سقط خياره في أحد الوجهين ، لسكوته عن منعه[2] .

وإن مات من له الخيار في مدة خيار الشرط انتقل الخيار إلى وارثه[3] .

---

(١) أ : إعتاق البائع : ـ إذا كان الخيار للبائع والمشتري أو للبائع، ينفذ العتق ويكون فسخاً بلا خلاف .

أما البيع فوجهان مشهوران ـ أحدهما ـ ليس بفسخ . والثاني هو الصحيح أنه فسخ .

وإذا تصرف في الهبة والرهن ، واتصل بهما القبض ، يكون فسخاً وإن لم يتصل بهما قبض لا يكون فسخاً / المجموع ٩/ ١٩٠ .

وإن كان إعتاقه بإذن البائع ، نفذ وحصلت الإجازة من الطرفين ولزم البيع بلا خلاف .

ب: إعتاق المشتري : إن كان بإذن البائع نفذ وحصلت الإجازة من الطرفين ولزم البيع بلا خلاف .

(٢) إذا وطى المشتري المبيعة فيه ثلاثة أوجه حكاها المتولي وغيره .

أصحها: باتفاق الأصحاب يكون إجازة، لأنه متضمن للرضى.

والثاني : لا ، لأن وطء المشتري لا يمنع الرد بالعيب ، فلا يمنع الفسخ كخيار الشرط .

والثالث : إن كان عالماً بثبوت الخيار له حالة الوطء ، بطل خياره ، وإن كان جاهلاً فلا المجموع ١٩١/٩ .

(٣) لأنه حق ثابت لإصلاح المال ، فلم يسقط بالموت ، كالرهن وحبس المبيع على الثمن / المهذب للشيرازي ٩ /١٩١ .

وقال أبو حنيفة : يسقط الخيار بموته[1] .

فإن لم يعلم الوارث بموته حتى انقضت مدة الخيار، ثبت له الخيار على (الفور)[2] في أحد الوجهين[3] .

وفي الثاني يثبت له الخيار في قدر ما بقي من المدة بعد موت موروثه[4] .

وإن مات في خيار المجلس : فقد نص الشافعي رحمه الله في المختصر أن الخيار ينتقل إلى وارثه[5] .

وقال في المكاتب : إذا باع المكاتب ولم يفترقا حتى مات المكاتب ، وجب البيع[6] .

---

(١) الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور إنتقاله ، والإرث فيما يقبل الإنتقال ، لأنه خلافه عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث / الهداية والعناية وفتح القدير ٦ / ٣١٨ ، وانظر كتابنا المواريث في الشريعة الإسلامية (٧٢ ، وما بعدها) .

(٢) (الفور) : في ب ، وفي أ ، حـ القول ، والأول هو الصحيح / انظر المهذب للشيرازي ١ /٢٦٦ .

(٣) إنه تسقط المدة ، ويثبت الخيار للوارث على الفور ، لأن المدة فاتت وبقي الخيار ، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب / المهذب ١ / ٢٦٦ .

(٤) يثبت له الخيار في القدر الذي بقي من المدة ، لأنه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت ،وجب أن ينتقل إلى غير الزمان الذي شرط فيه / المهذب ١/ ٢٦٦ .

(٥) فقد روى المزني أن الخيار للوارث والمراد هنا من كلمة المختصر : مختصر المزني رحمه الله .

(٦) وجب البيع : أي أنه لا ينفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة .

ومنهم من قال : يسقط الخيار في بيع المكاتب ولا يسقط في بيع غيره ، =

وظاهره : لزوم البيع .

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق :

أحدها أن المسألة على قول واحد ، أن الخيار لا يبطل بموت المكاتب كما لا يبطل بموت الحر (وتأول)[1] كلام الشافعي رحمه الله (عليه)[2] .

والطريق الثاني : أن النصين محمولان على ظاهرهما ، ويفرق بينهما .

والثالث وهو الصحيح : أن (المسألتين)[3] على قولين ، أصحهما : أن الخيار لا يبطل بالموت فيهما كخيار الشرط[4] .

فإن كان الوارث غائباً في خيار المجلس وقد مات موروثه في مدة خيار المجلس ثبت له الخيار ، إذا بلغه موته ما لم يفارق مجلسه الذي بلغه فيه موته.

وحكى الشيخ أبو نصر رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه قال : له الخيار إذا نظر إلى السلعة ليعرف هل الحظ له في الإجازة أو الرد .

= لأن السيد يملك بحق الملك ، فإذا لم يملك في حياة المكاتب لم يملك بعد موته ، والوارث يملك بحق الإرث فانتقل إليه بموته .

(١) (وتأول) : في أ ، ب وفي حـ ويؤول .

(٢) (عليه) : غير واضحة في أ ، حـ وموجوده في ب.

(٣) (المسألتين) : في ب ، حـ وفي أ المسلمين وهذا تصحيف ، أي يثبت الخيار للوارث ولسيد المكاتب ، كخيار الشرط والرد بالعيب/ المجموع ٢٢٣/٩ .

(٤) والقول الثاني ، لا يثبت بل يلزم البيع بمجرد الموت ، لأنه أبلغ في المفارقة من مفارقته بالبدن / المجموع /٢٢٣/٩ .

فإن اشترى الوكيل لموكله شيئاً ومات في المجلس ، ثبت الخيار للموكل على ظاهر المذهب[1] وقيل : لا يثبت[2] .

فإن ثبت الخيار لجماعة في المجلس بحكم الإرث (ففارقوا)[3] المجلس إلا واحداً منهم ، لم يلزم العقد ، وإن اختار واحد الفسخ ، والآخر الإجازة ، قدم الفسخ على الإجازة في أحد الوجهين ،

والثاني (أنه)[4] لا ينفسخ بقول بعضهم .

(فإن)[5] ثبت خيار الرد بالعيب لجماعة من الورثة (فاختار)[6] بعضهم الرد دون البعض سقط حق الرد ، والارش في حق من اختار الإجازة ، وهل لمن اختار الرد ، الرجوع بالارش؟ فيه وجهان :

أحدهما: أن له أن يرجع بقسطه من الأرش .

وفي الوقت الذي يتنقل الملك فيه إلى المشتري في مدة الخيار ثلاثة أقوال :

---

(١) لأنه نائبه .

(٢) فإن لم يثبت الخيار للموكل فقد انقطع خيار الميت ، وأما العاقد الآخر الحي ، فذكر البغوي أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس ، وقال إمام الحرمين :يلزم العقد من الجانبين ، قال الرافعي : إن هذا الخيار لا يتعض سقوطه كموته / المجموع ٢٢٣/٩ .

(٣) (ففارقوا) : في أ ، ب وفي حـ وفارقوا .

(٤) (أنه) : ساقطة من ب وموجوده في أ ،حـ .

(٥) (فإن) : في أ ،حـ وفي ب وان .

(٦) (فأختار) : في ب ،حـ وفي أ واختار .

(أحدها)[1] : أن ينتقل بنفس العقد[2] وبه قال أحمد .

والقول الثاني : أنه ينتقل[3] بسقوط الخيار[4] وهو قول مالك وأبي حنيفة ، غير أن أبا حنيفة يقول : إذا كان الخيار للمشتري وحده (خرج)[5] المبيع من ملك البائع ، ولم يدخل في ملك المشتري[6] .

والقول الثالث : أنه موقوف (مراعى)[7] فإن أمضى البيع تبينا أن الملك قد انتقل بنفس العقد (وإن فُسِخَ تبينا)[8] أنه لم ينتقل .

---

(١) (أحدها) : في ب ، حـ ، وفي أ أحدهما .

(٢) (بنفس العقد . . . أنه ينتقل) : ساقطة من أ وموجودة في ب ، حـ.

(٣) بنفس العقد ، لأنه عقد معاوضه ، يوجب الملك ، فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح .

(٤) أنه يملك بالعقد ، وانقضاء الخيار ، لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار ، فدل على أنه لا يملك إلا بهما .

(٥) (خرج) : في حـ وفي أ ، ب لا يخرج والأول أصح .

(٦) لأن البيع في جانب الآخر لازم، وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار، لأنه شرع نظراً له دون الآخر، إلا أن أبا يوسف ومحمد يقولان: يملكه، لأنه لما خرج عن ملك البائع، فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع.

(٧) (مراعى) : في حـ وفي أ ، ب مراعي وهذا تصحيف .

(٨) (وإن فسخ تبينا) : في ب ، حـ وفي أ وينفسخ بفسخ والأول هو الصحيح أنظر المهذب ١٩٨/٩ .

فإن كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري في مدة الخيار ، وفسخ البائع البيع . لم (ينفذ)(١) عتقه فيه(٢) .

وإن قلنا إن الملك له في مدة الخيار .

ومن أصحابنا من قال(٣) : إن كان موسراً نفذ عتقه على هذا القول ، وإن كان معسراً لم ينفذ(٤) .

فعلى هذا (بماذا)(٥) يضمن المبيع ؟ فيه وجهان :

أظهرهما : أنه يضمنه بقيمته(٦) .

والثاني بالثمن(٧) .

---

(١) (ينفذ) في ب وفي أ ،حـ ينعقد والأول هو الصحيح .

(٢) لأنه لم يصادف ملكه .

(٣) أبو العباس بن سريج : أنظر المهذب للشيرازي ١٩٩/٩ .

(٤) لأن العتق صادف ملكه ، وقد تعلق به حق الغير فأشبه عتق المرهون . ومن أصحابنا من قال : لا يعتق ، وهو المنصوص ، لأن البائع اختار الفسخ ، والمشتري اختار الإجازة بالعتق ، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا ، قدم الفسخ ولهذا لو قال المشتري : أجزت وقال البائع بعد : فسخت ، قدم الفسخ وبطلت الإجازة ، وإن كانت سابقة للفسخ / المهذب ٩ : ١٩٩ .

(٥) (بماذا) : في ب ، وفي أ ، حـ أيما ذا وهذا تصحيف من النساخ .

(٦) لأن البيع انفسخ وتعذر الرجوع إلى العين، فرجع إلى قيمته، كما لو اشترى عبداً بثوب وأعتق العبد ووجد البائع بالثوب عيباً فرده، فإنه يرجع بقيمة العبد. المهذب ٩ : ١٩٩.

(٧) ويكون العتق مقرراً للعقد ومبطلاً للفسخ .

وذكر القاضي حسين (أن عتق البائع لا ينفذ على القول الذي يقول)[1] إن عتق المشتري ينفذ على أحد الوجهين ، وهذا ليس بشيء .

فإن باع عبداً بجارية ، وشرط الخيار فأعتقهما جميعاً دفعة واحدة ، عتق العبد وانفسخ البيع ، ولم (تعتق)[1] الجارية .

وذكر القاضي حسين : أنه يبنى ذلك على الملك .

فإن قلنا : إن الملك للبائع ، نفذ العتق فيما باع ، ولا ينفذ فيما اشترى .

وإن قلنا : الملك له فيما اشترى ولم ينفذ عتقه فيهما .

وفي أيهما (ينفذ)[3] فيه وجهان :

أحدهما: أنه ينفذ فيما باع .

والثاني : فيما اشترى .

وقال أبو حنيفة : ينفذ عتقه فيهما .

وإن كان التصرف بيعاً ، أو هبة ، أقدم عليه المشتري بغير إذن البائع لم يصح في أظهر الوجهين .

وقال أبو سعيد الاصطخري : يصح وللبائع فسخه ،

وإن كان بإذن البائع، نفذ في أصح الوجهين، وذكر[4] القاضي حسين رحمه الله في بيع البائع في مدة الخيار ثلاثة أقوال:

---

(١) (إن عتق البائع لاينفذ . . .يقول) ساقطة من أ و موجوده في ب ،حـ .

(٢) (تعتق) : في حـ ، وفي أ ، ب يعتق .

(٣) (ينفذ) في ب ، وفي أ ، حـ نفذ .

(٤) وذكر في حـ ، وفي أ ، ب ، ذكر .

أحدها: أنه ينفسخ البيع الأول ، ويصح الثاني .

والثاني : أنه يبطل الأول ولا ينعقد الثاني .

والثالث : أنه لا ينفسخ الأول، ولا ينعقد الثاني .

وعلى هذا التزويج والإجارة ، فإن عرضه على البيع (أو وكل)[1] إنساناً في بيعه، وقلنا: إن البيع يبطل البيع، ففي العرض على البيع وجهان .

والذي (ذكره)[2] القاضي أبو الطيب[3] رحمه الله والشيخ أبو نصر : أن بيع المشتري في إسقاط خياره يبنى[4] على (وطئه)[5] وفيه وجهان :

أحدهما: أنه لا يسقط خياره .

والثاني : أنه يسقط ويكون اختياراً وإن لم يصح التصرف في نفسه وأما تصرف البائع فإنه يكون فسخاً، وكذا وطيه .

وذكر القاضي حسين ، رحمه الله تفصيلاً في نقل الملك ، واختلاف الأقوال : أنه إذا باع عيناً بدين ، وكان الخيار لهما (ففيه)[6] ثلاثة أقوال :

---

(١) (أو وكل) في ب ،حـ و في أ ووكل والأول أصح .

(٢) (ذكره) في ب ،حـ و في أ ذكر.

(٣) (أبو) في أ ، ب وفي حـ أبي .

(٤) (يبنى) في ب ،حـ و في أ بثنى .

(٥) (وطئه) في ب ،حـ وفي أ وطيه .

(٦) (ففيه) : في أ ،حـ وفي ب فيه .

أحدها : أن المشتري يملك المبيع ثم يملك البائع الثمن تبعاً ، والمبيع هو المقصود والثمن[1] يتبع ، ولهذا لو قال : بعتك على أن لي الخيار في المبيع ، أو في العقد ، صح ، ولو قال على أن (لي)[2] الخيار في الثمن ، لم يصح ، وكذا لو قال فسخت العقد في المبيع أو استرجعت المبيع صح الفسخ ، ولو قال ، فسخت في الثمن ، لم يكن فسخاً .

فأما إذا اشترى عيناً بدين (بشرط)[3] الخيار ، فهو مبني على أصل وهو : أن حد الثمنية (ماذا)[4] فيه جوابان:

أحدهما أن حد الثمنية ما ألصق به (باء التثمين)[5] فعلى هذا حكمه حكم ما لو باعه بدين .

والثاني : أن حد الثمنية النقدية العامة وهو الصحيح ، وهذا تفصيل فيه نظر .

---

(١) (والمبيع هو المقصود والثمن تبع) في أ ، حـ.

(٢) (لي) في حـ وساقطة من أ ، ب .

(٣) (بشرط) في ب ، حـ وفي أ وبشرط والأول هو الصحيح .

(٤) (ماذا) : في ب ، حـ وفي أ فإذا وهذا تصحيف من النساخ .

(٥) (باء التثمين) فيحـ وفي أ ياء التثمين ، وفي ب بالتثمين .

فصـل

فإن كان المبيع (جارية)[1] لم (يحل)[2] للمشتري وطئها على الأقوال (كلها)[3] ويحل للبائع وطئها على الأقوال كلها[4] .

---

(١) (فعلى هذا حكمه حكم) :في ب،حـ وفي أ فعلى حكم وهذا حكمه ساقطه من أ.

(٢) (جاريه) : في ب ، حـ وفي أ بجارية والأول هو الصحيح أنظر المهذب للشيرازي ٢٠٥/٩ .

(٣) (يحل) : في أ وفي ب، حـ تحل .

(٤)) (كلها) : ويحل للبائع وطأها على الأقوال كلها) : ساقطة من أوموجوده في ب ، حـ ، ويحل للبائع وطأها إن جعلنا الملك له ، لأنها باقية على ملكه في بعض الأقوال ، ويملك ردها إلى ملكه في بعض الأقوال ، فإذا وطأها إنفسخ البيع ، لا ومهر عليه بحال بلا خلاف . وأما وطء المشتري فحرام قطعاً ، لأنه وإن ملك على قول فملك ضعيف ، وفي الثاني مراعى فلا يعلم هل يملكها أم لا ، وفي الثالث يملكها ملكاً غير مستقر ، فإن وطأها لم يجب الحد لوجود الملك أو شبهته المجموع ٢٠٣/٩ والمهذب ٢٠٥/٩ .

وقال أحمد: لا يحل للبائع أيضاً وطؤها[1].

فإن وطئها المشتري فأحبلها ، لم يجب عليه الحد ، وثبت نسب الولد ، وانعقد حراً على الأقوال كلها[2] .

فأما وجوب المهر وقيمة الولد ، وثبوت حرمة الاستيلاد للأم ، فإنه يبنى على الإجازة والرد واختلاف الأقوال .

فإن أجاز البائع البيع وقلنا ، الملك له في مدة الخيار ، لزم المشتري المهر في أصح الوجهين[3] ، ولزمه قيمة الولد في أحد الوجهين ، وتصير الجارية أم ولد في أحد القولين[4] ، كما لو أحبل جارية غيره بشبهة ثم ملكها هل تصير أم ولد ؟[5] فيه قولان[6] .

---

(١) لا يحل للبائع وطء الجارية قبل فسخ البيع ، لأن الملك إنتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقوله تعالى : ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ سورة المؤمنون ٧ .

ولأن إبتداء الوطء يقع في غير ملكه فيكون حراماً . ولو إنفسخ البيع قبل وطئه ،لم تحل له حتى يستبرئها ولا يلزمه حد ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي.

وقال بعض أصحابنا : إن علم التحريم ، وأن ملكه قد زال ، ولا ينفسخ بالوطء ، فعليه الحد ، وذكر أن أحمد نص عليه ، لأن وطأه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك / المغني لابن قدامه ٣ : ٥٧٧ ـ ٥٧٨ .

(٢) لأنه : إما أن يكون في ملك ، أو شبهة ملك .

(٣) وقال أبو إسحاق : لا يجب ، نظراً إلى المال ، هذا وإن قلنا ـ الملك للبائع ، وجب المهر له على الصحيح .

(٤) لأنه وطيء في ملك البائع .

(٥) وهنا عبارة زائدة في أحد القولين .

(٦) ثم إن تم البيع، أو ملكها بعد ذلك، ففي ثبوته حينئذٍ قولان، كمن وطء جارية =

(فإن)[1] فسخ البائع البيع ، وقلنا : الملك للمشتري[2] في مدة الخيار لزم المشتري المهر في أصح الوجهين ، ولزمه قيمة الولد في أحد الوجهين ، وتصير الجارية أم ولد في أحد القولين ، كما لو أحبل جارية غيره بشبهة ثم ملكها ، هل تصير أم ولد ؟ فيه قولان .

وإن فسخ البائع البيع ، وقلنا : الملك للمشتري في مدة الخيار ، فلا مهر عليه ، ولا قيمة ولد في أصح الوجهين فيهما .

وحكم الاستيلاد على هذا القول ، حكم العتق في النفوذ في الحال[3] (وإن)[4] قلنا : لا ينفذ ، فملكها بعد ذلك (صارت)[5] أم ولد له قولاً واحداً[6] .

= غيره بشبهة ثم ملكها، وعلى وجه الناظر إلى المال، إذا تم البيع نفذ الاستيلاد بلا خلاف.

وعلى قول الوقف، إن تم البيع، بان ثبوت الإستيلاد، وإلا فلا، فلو ملكها يوماً، عاد القولان.

وعلى قولنا: الملك للمشتري في ثبوت الاستيلاد الخلاف المذكور في العتق، فإن لم يثبت في الحال وتم البيع بان ثبوته/ روضة الطالبين ٣/ ٤٥٠ ـ ٤٥١ .

(١) (فإن فسخ البائع البيع . . . هل تصير أم ولد ؟ فيه قولان) ساقطة من ب ، حـ وموجودة في أ .

(٢) (للمشتري) : في حـ وفي أ ، ب له .

(٣) ورتب الأئمة الخلاف في الاستيلاد على الخلاف في العتق، فقيل ـ الاستيلاد أولى بالثبوت . وقيل : عكسه ، وقال الإمام: ولا يبعد القول بالتسوية ، روضة الطالبين ٣ /٤٥١ .

(٤) (وإن) : في أ ، حـ وفي ب وإذا .

(٥) (صارت) : في ب ، حـ وفي أ كانت وهذا من فهم النساخ .

(٦) الأنه ملكها .

فإن اشترى جارية فولدت في مدة الخيار ، (فإنه يبنى ملك الولد)[1] على القولين هل (له)[2] حكم في العقد (أو لا)[3] حكم له ؟

فإن قلنا : له حكم ، كان بمنزلة الأم[4] .

وإن قلنا : لا حكم له[5] ، وأمضى البيع ، وقلنا : الملك للمشتري ، أو موقوف ، فالولد له وإن قلنا : إنه للبائع ، ففيه وجهان .

قال أبو علي الطبري في الإفصاح : الولد تابع لأمه في الإجازة والرد (ويكون)[6] حكمه حكمها ، إذا قلنا : له حكم .

وقال أكثر أصحابنا : هو للبائع .

وذكر في الحاوي ، إنا إذا قلنا : إن الولد للمشتري ، فهل يكون مضموناً على البائع ؟ فيه وجهان تخريجاً من اختلاف قوليه في (نماء)[7] الصداق في يد الزوج هل يكون مضموناً عليه ؟

---

(١) (فإنه يبني ملك الولد) - في ب ، حـ وفي أ أنه بنى ملك الواحد والأول هو الصحيح ، أنظر المهذب ٩ /٢٠٦ .

(٢) (له) : في ب ، حـ وفي أ لك وهذا تصحيف .

(٣) (أو لا) في أ ، حـ وفي ب أم لا .

(٤) ويقابله قسط من الثمن ، وهو الصحيح ، لأن ما أخذ قسطاً من الثمن بعد الإنفصال أخذ قسطاً من الثمن قبل الإنفصال كاللبن .

(٥) (ويكون) : في ب ، حـ وفي أ يكون .

(٦) (نماء) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٧) (عليه) : ساقطه من ب وموجوده في أ ، حـ

أصحهما : أنه لا يكون مضموناً (عليه)[1] .

وإن فسخ البيع ، وقلنا : الملك للمشتري ، فالولد له .

وقال (أبو إسحاق) :[2] إذا قلنا : إن عتق المشتري لا ينفذ على هذا القول ، لم يكن الولد له ، ووجب عليه المهر على هذا القول ، وليس بصحيح .

وبنى في الحاوي ذلك : على أن خيار المجلس يجري مجرى خيار العيب ، أو خيار القبول ، وذكر فيه وجهين وليس بصحيح .

وحكم نتاج البهيمة ، حكم حمل الآدمية فيما ذكرناه .

وحكم الكسب والنماء (الحادثين)[3] في مدة الخيار ، حكم الحمل إذا قلنا : لا حكم له[4] .

---

(١) لم يجب عليه المهر، لأن الوطء صادف ملكه، ومن أصحابنا من قال: يجب، لأنه لم يتم ملكه عليها، وهذا يبطل به، إذا أجاز البائع البيع، وعلى قول أبي العباس: تصير أم ولد كما تعتق إذا أعتقها عنده .

(٢) (أبو) : في حـ وفي أ ، ب ابن والصحيح الأول .

(٣) (الحادثين) : في ب ، حـ وفي أ الحادث .

(٤) فإن تم البيع فهو للمشتري ، إن قلنا : الملك له أو موقوف ، وإن قلنا ، الملك للبائع ، فوجهان : أصحهما : وبه قال الجمهور : ، الكسب للبائع ، لأن الملك له عند حصوله ، وقال أبو علي الطبري : هو للمشتري ، واستدل له المتولي وغيره ، بأن سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة ، فلم يجعل لها حكم ، وجعلت تابعة للعين ، وكانت لمن استقر ملك العين له ، وإن فسخ البائع ، فهو للبائع (إن قلنا) : الملك له أو موقوف =

وذكـر في الحاوي : أنـه إذا اشترى أمـة ، فحاضت في مـدة (الخيار)[1] .

فـإن قلنا : الملك للبـائـع ، لم يعتـد بهـذا الحيض (من)[2] الاستبراء ، وإن قلنا : إن الملك للمشتري ، ففيه وجهان :

أحدهما: أنه يعتد بهذا الحيض من الاستبراء .

والثـاني :لا يعتد بـه وهو ظـاهر نص الشـافعي رحمـه الله في الاستبراء .

وكـذا إن ولـدت في زمـان (الخيـار)[3] من زنى ، في وقـوع الاستبراء (به الوجهان في الحيض)[4] .

فأما إذا اشترى زوجته الأمة ، ففي جواز وطئها في مدة الخيار وجهان :

= (وإن قلنـا) : للمشتري فـوجهان مشهـوران : أصحهما : للمشـتري ، والثاني : للبائع ، وبه قال أبو إسحاق المروزي .

قال المتولي: هما مبنيان على أن الفسخ يرفع العقد في حينه، أو من أصله وفيه وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين: ، أصحهما: من حينه، والثاني: من أصله (فإن قلنا : من حينه فهو للمشتري، وإلا فللبائع).

قال أصحابنا : وفي معنى الكسب : اللبن والشعر ، والثمرة ، ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة أو أكرهت على الزنا ، وكون الجميع حكم كسب العبد على التفصيل والخلاف ـ المجموع ٩ / ٢٣١ .

(١) (الخيار) : في ب حـ وفي أ الإختيار.

(٢) (من) : في أ ، ب وفي حـ في .

(٣) (الخيار) في ب ، حـ وفي أ الإختيار .

(٤) (به الوجهان في الحيض) : في ب ، حـ وفي أ الثاني في الحيض.

أحدهما : يجوز[1] .

والثاني : لا يجوز ، وذكر أنه ظاهر نص الشافعي[2] (رحمه الله)[3] .

فإن تم البيع بينهما ، بطل النكاح ، وحل له وطئها بشرائها منه ، وهل يجب عليه (أن يستبرئها منه ؟ ـ فيه وجهان ـ بناء على الوجهين في تحريم وطئها)[4] .

وإن فسخ البيع بينهما ، وقلنا ، الملك للبائع أو موقوف (فالنكاح)[5] بحاله .

وإن قلنا : (إن)[6] الملك للمشتري ، فهل ينفسخ النكاح ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه ينفسخ[7] .

والثاني : أن النكاح بحاله[8] وذكر أنه ظاهر نصه ، وعلى هذا ،

---

(١) لأنها زوجته ، وهو وجه ضعيف .

(٢) لأن في أحد الأقوال لا يملكها ، ولأنه لا يدري أيطأ بالملك أو بالزوجية .

(٣) (رحمه الله) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٤) (أن يستبرئها منه ؟ فيه وجهان : بناء على الوجهين في تحريم وطئها) : ساقطة من أ وموجوده في ب ، حـ ، والوجهان : أحدهما : إن حرمناه ، وجب الإستبراء والوجه الثاني : إن لم نحرمه لا إستبراء / المجموع ٩/ ٢٤٠ .

(٥) (فالنكاح) : في حـ وفي أ ، ب كالنكاح .

(٦) (إن) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٧) لحصوله في ملكه .

(٨) إن النكاح بحاله ، لأن ملكه غير مستقر .

بني طلاقه[1] لو طلقها في مدة الخيار ، والصحيح من المذهب : أما إذا قلنا : إن الملك للمشتري في مدة الخيار ، علق عليه أحكام الملك وفوائده .

ولا يثبت الخيار (للغبن)[2] في البيع[3] .

وقال مالك : إن كان قد عيّن بقدر ثلث القيمة ، لم يثبت الخيار ، وإن كان أكثر ثبت الخيار .

وقال أحمد رحمه الله : إن كان المشتري مسترسلاً لا يعرف البيع ، ولا هو ممن لو عرّف لعرف ، ثبت (له)[4] الخيار[5] .

---

(١) وكذلك لو طلقها ثم استبرأها، ثم راجعها في مدة الخيار، فإن تم البيع فالرجعة باطلة وإن فسخ ، فإن قلنا : لا يملك بالعقد ، أو قلنا : موقوف ، صحت الرجعة ، وإن قلنا : يملك بنفس العقد ففي صحة الرجعة وجهان / المجموع ٩ /٢٤٠ .

(٢) (للغبن) : في حـ وفي ب بالغبن وفي أ للمعين .

(٣) لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد ، كبيع غير المسترسل ، وكالغبن اليسير .

(٤) (له) : ساقطه من ب وموجوده في أ ،حـ .

(٥) لأنه غبن حصل لجهله بالمبيع ، فأثبت الخيار ، كالغبن في تلقي الركبان ، فأما غير المسترسل ، فإنه دخل على بصيرة بالغبن ، فهو كالعالم بالعيب ، وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار ، لأنه انبنى على تقصيره وتفريطه. والمسترسل: هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة. قال أحمد: المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ الذي لا يماكس، فكأنه =

فإن باع عبدين ، وشرط الخيار في أحدهما بعينه ، ففي صحة البيع قولان :

أحدهما : لا يصح كما لو شرطه في أحدهما لا بعينه[1] .

فإن باع اثنان من واحد عبداً بشرط الخيار في (نصيب)[2] أحدهما دون الآخر ففيه وجهان : بناء على قبول (نصيب)[3] أحدهما دون الآخر[4] .

= استرسل إلى البائع، فأخذ ما أعطاه من غير مماكسه، ولا معرفة بغبنه. فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف ، إذا استعجل في الحال ، فغبن ، فلا خيار لهما ، ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد . وعرفه أبو بكر في التنبيه ، وابن أبي موسى في الإرشاد بالثلث ، وهو قول مالك ، لأن الثلث كثير ، بدليل قول النبي ﷺ : (والثلث كثير) وقيل : بالسدس ، وقيل : مالا يتغابن الناس به في العادة ، لأن مالا يرد الشرع بتحديده ، يرجع فيه إلى العرف /٣ : ٤٩٨ ، وانظر نيل الأوطار للشوكاني ٦: ٤٠ ـ ٤١، وسبل السلام للصنعاني ٢: ١٠٤، وصحيح مسلم ١١ : ٧٦ـ ٧٨ ، وأحكام الأحكام لابن دقيق العبد ٣ : ١٧٤ .

(١) وهما قولان مشهوران في الجمع بين مختلفي الحكم ، وكذا لو شرط الخيار في أحدهما يوماً وفي الآخر يومين .
والأصح : صحة البيع ، فإن صححنا البيع ، ثبت الخيار فيما شرط على ما شرط / المجموع للنووي / ٩ : ٢٠٧ .

(٢) (نصيب) : ف ب وفي أ ، حـ تصويب .

(٣) (نصيب) : ساقطة من ب .

(٤) (الآخر) : في ب ، وفي حـ نصيب الآخر .

فـإن تلف المبيـع في يـد المشتـري في مـدة الخيـار[1] بعـد القبض[2] .

فقد ذكر القاضي أبو الطيب : أن الشافعي رحمه الله ، نص على أن البيع ينفسخ ويجب على المشتري قيمة المبيع .

---

(1) فلمن له الخيار :الفسخ والإمضاء، لأن الحاجة التي دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع ، فإن فسخ ، وجبت القيمة على المشتـري، لأنه تعذر رد العين ، فوجب رد القيمة .

وإن أمضيا العقد : فإن قلنا : إنه يملك بنفس العقد ، أو موقوف ، فقد هلك من ملكه .

وإن قلنا : يملك بالعقد ، وإنقضاء الخيار ، وجب على المشتري قيمته والله أعلم . المجموع ٩ : ٢٣٧ .

(2) قال الخراسانيون : إذا تلف في يد المشتري : ـ فإن قلنا : الملك للبائع ، إنفسخ البيع كالتلف .

وإن قلنا : للمشتري أو موقوف نظر : إن أتلفه أجنبي ، بني على ما لو تلف بآفة سماويـة .

فإن قلنا : ينفسخ العقد فهو كاتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض . وإن قلنا : لا يفسخ وهو الأصح ، وعلى الأجنبي البدل وهو المثل إن كان مثلياً ، وإلاّ فـالقيمـة ويبقى الخيار بحاله ، فإن تم البيع فالبدل للمشتري ، وإلا فللبائع ، وإن أتلفه المشتري ، استقر عليه الثمن .

فإن أتلفه في يد البائع ، وجعلنا إتلافه قبضاً فهو كما لو تلفت في يده ، وإن أتلفه البائع في يد المشتري .

قال المتولي : يبنى على أن إتلافه كاتلاف الأجنبي ، أم كالتلف بآفة سماوية ؟ وفيه خلاف مشهور . المجموع / ٩ : ٢٣٧ ـ ٢٣٨ .

وقال القاضي أبو حامد : قال الشافعي رحمه الله في كتاب (الصداق) يلزمه الثمن .

قال القاضي : أبو الطيب رحمه الله : ويحتمل أن يريد بالثمن القيمة .

وحكى الشيخ أبو حامد : أن البيع لا ينفسخ)[1] والخيار لا يسقط .

فإن فسخ البيع (وجبت)[2] القيمة[3] وإن أمضى البيع ، وقلنا : إن الملك ينتقل بنفس العقد ، أو موقوف ، استقر على المشتري الثمن[4] .

وإن قلنا ! لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار[5] .

---

(١) (لا ينفسخ) : في ب و ، حـ وفي أ ينفسخ .

(٢) (وجبت) : في حـ ، وفي أ، ب وجب.

(٣) قال النووي رحمه الله : لو قال : وجب بدله ، كان أحسن وأعم ، ليدخل فيه المثل فيما له مثل .

(٤) إذا قلنا : الملك للمشتري أو موقوف فوجهان ، أوقولان ، ينفسخ أيضاً لحصول الهلاك قبل استقرار العقد (وأصحهما) لا ينفسخ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض ، ولا أثر لولاية الفسخ ، كما في خيار العيب / المجموع ٩ / ٢٣٨ .

(٥) فإن قلنا : بعدم الإنفساخ ، ففي إنقطاع الخيار وجهان .
أحدهما : ينقطع كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع .
وأصحهما : لا ، كما لا يمتنع التحالف بثمن المبيع ، ويخالف الرد بالعيب ، لأن الضرر هناك يندفع بالارش
ـ فإن قلنا بالأول : استقر العقد ولزم الثمن .

(قال)[1] أصحابنا : يجب عليه القيمة ، وهو في ملك البائع .

قال الشيخ أبو حامد : وعندي أنه يضمن بالثمن .

قال الشيخ أبو نصر : (والطريقة)[2] الأولى أصح .

وذكر في الحاوي أنه إذا تلف المبيع في خيار المجلس فهو مضمون على المشتري بالقيمة على الأقوال كلها ، وإن كان في خيار الشرط ، وكان الخيار لهما أو للبائع وحده ضمنه بالقيمة لا يختلف المذهب ، وإن كان الخيار للمشتري وحده ، وقلنا : لم يملك ، ضمنه بالقيمة .

وإن قلنا : يملك بنفس العقد ، فعلى وجهين :

أحدهما : أنه يضمن بالقيمة .

والثاني : بالثمن .

= – وإن قلنا بالثاني : فإن تم العقد وجب الثمن وإلا وجبت القيمة على المشتري ، ويرد الثمن .

– وإن تنازعا في قدر القيمة فالقول قول المشتري بيمينه ، وقطعت طائفة من الأصحاب بعدم الإنفساخ .

– وإن قلنا : الملك للبائع وهو ظاهر كلام أبي إسحاق الشيرازي فقد قال : وذكروا تفريعاً أن لو لم ينقسم حتى انقضى زمن الخيار فعلى البائع رد الثمن ، وعلى المشتري القيمة . قال أبو إسحاق : وهذا تخليط ظاهر والله أعلم المجموع- للنووي ٩/٢٣٨ - ٢٣٩ .

(١) (قال) : في ب ، حـ وفي أ وقال .

(٢) (والطريقة) : في ب ، حـ وفي أ والطريق .

فإن باعه وقال : لا خلابة[1] .

قال ابن القطان : إن كانا عالمين بأن ذلك عبارة عن خيار الثلاث، ثبت، وإن كان البائع عالماً بذلك، والمشتري جاهلاً، احتمل (وجهين)[2].

---

(١) قال جماعة من أصحابنا : قد اشتهر في الشرع أن قوله : لا خلابة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام ، فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها ، كان كالتصريح بالاشتراط ، وإن كانا جاهلين ، لم يثبت الخيار قطعاً فإن علمه البائع دون المشتري فوجهان مشهوران ، حكاهما المتولي ، وابن القطان وآخرون / المجموع للنووي ٩ /٢٠٧ .

قال ابن قدامة رحمه الله (فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد : لا خلابة فقال أحمد : أرى ذلك جائزاً ، وله الخيار إن كان خلبه ، وإن لم يكن خلبه ، فليس له خيار وذلك لأن رجلاً (ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال : إذا بايعت فقل لا خلابه) متفق عليه.

ولمسلم من بايعت فقل لا خلابه، فكان إذا بايع يقول: لا خلابة/ سبق تخريجه ويحتمل: أن لا يكون له الخيار، ويكون هذا الخبر خاصاً لحبان، لأنه روي: (أنه عاش إلى زمن عثمان رضي الله عنه، فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم، فيمر بهم بعض الصحابة فيقول: لمن يخاصمه ويحك، إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثاً» / سبق تخرجه.

وهذا يدل على إختصاصه بهذا ، لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي ﷺ جعل الخيار لمن قال لا خلابه/ سبق تخريجه.

ولأن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقاً، ولا يقتضي تقييده بثلاث، والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه/ المغني لابن قدامة المقدسي ٣/٥٠٣ ـ ٥٠٤.

(٢) (وجهين) : في أ ، حـ وفي ب الوجهين.

أصحهما : لا يثبت .

والوجه الثاني : يثبت وهذا شاذ ضعيف ، بل غلط ، لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشتري غير عارف به / المجموع ٩ : ٢٠٧ .

ما يجوز بيعه وما لا يجوز[1]

لا يجوز بيع العين النجسة في نفسها ، كالكلب[2]، والخنزير ،

---

(١) شروط المبيع خمسة :
١ ـ أن يكون طاهراً .
٢ ـ أن يكون منتفعاً به .
٣ ـ أن يكون المبيع مملوكاً لمن يقع العقد له .
٤ ـ أن يكون مقدوراً على تسليمه .
٥ ـ أن يكون المبيع معلوماً .

(٢) مذهب الشافعي رحمه الله : أنه لا يجوز بيع الكلب ، سواء كان معلماً أو غيره وسواء كان جرواً أو كبيراً ، ولا قيمة على من أتلفه ، وبهذا قال جماهير العلماء وهو مذهب أبي هريرة وحسن البصري ، والأوزاعي وربيعة والحكم وحماد ، وأحمد ، وداود ، وابن المنذر وغيرهم .

وحكى ابن المنذر عن جابر وعطاء والنخعي ، جواز بيع الكلب للصيد دون غيره ومستنده : الحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ (أنه نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد) وفي رواية (ثلاث كلّهن سحت) فذكر : «كسب الحجام ومهر البغي ، وثمن الكلب ، إلا كلب صيد) إلا أن هذه الأحاديث ليست ثابتة في الأحاديث الصحيحة .

وعن عمر رضي الله عنه ، أنه غرم رجلاً عن كلب قتله عشرين بعيراً .
وعن عبد الله بن عمرو بن العاص ، أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية ، بكبش ولأنه حيوان يجوز الإنتفاع به فأشبه الفهد ولأنه تجوز الوصية به والإنتفاع به فأشبه الحمار .

وحجة جمهور الشافعية في عدم جواز بيع الكلب الأحاديث الصحيحة في النهي عن بيعه، والنهي يقتضي الفساد فإنه لا قيمة على متلفه، فمن الأحاديث:
١ ـ حديث أبي مسعود البدري : أن رسول الله ﷺ : (نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن / رواه البخاري ومسلم . أنظر اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٤٧ إسمه : عمرو بن عمرو الأنصاري البدري ، قال أكثر العلماء : لم يشهد بدراً مع رسول الله ﷺ في الغزوة المشهورة وإنما قيل =

له البدري ، لأنه سكن بدراً ولم يشهدها ، وقال محمد بن إسحاق إمام المغازي ، ومحمد بن شهاب الزهري إمام المغازي وغيرهما ، ومحمدبن إسماعيل البخاري صاحب الصحيح في صحيحه : أنه شهدها ، واتفقوا على أنه شهد العقبة مع السبعين ، وكان أصغرهم ، روى له عن النبي ﷺ مائة حديث وحديثان ، اتفق البخاري ومسلم على تسعة أحاديث منها ، وانفرد البخاري بحديث ، ومسلم بسبعة ، سكن الكوفة وتوفي بها ، وقيل : توفي بالمدينة رضي الله عنه ، المجموع ٩ : ٢١٣ .

٢ - عن أبي جحيفة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ : (نهى عن ثمن الدم، وعن ثمن الكلب، ومهر البغي، ولعن آكل الربا، وموكله، والواشمة والمستوشمة، ولعن المصور، رواه البخاري. فتح الباري ٥: ٢١٨...

٣ - عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ (كسب الحجام خبيث ، ومهر البغي خبيث ، وثمن الكلب خبيث) رواه مسلم صحيح مسلم ١٠ : ٢٣٢ .

٤ - وعن أبي الزبير قال: سألت جابراً رضي الله عنه عن ثمن الكلب والسنور، فقال زجر النبي ﷺ عن ذلك. رواه مسلم/صحيح مسلم ١٠: ٢٣٤.

٥ - وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : (نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب وقال : إن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه تراباً ، رواه أبو داود باسناد صحيح . سنن أبي داود ٢ : ٢٥٠ .

٦ - وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (لا يحل ثمن الكلب ، ولا حلوان الكاهن ، ولا مهر البغي) رواه أبو داود باسناد صحيح حسن / سنن أبي داود ٢ : ٢٥٠ .

٧ - وعن ابن عباس قال : (رأيت رسول الله ﷺ خالياً عند الركن ، فرفع بصره إلى السماء فقال : لعن الله اليهود ثلاثاً ، إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها ، وأكلوا أثمانها ، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه) رواه أبو داود باسناد صحيح / سنن أبي داود ٢ : ٢٥١ . أنظر روضة الطالبين ٣ : ٣٤٩ ، ومغنى المحتاج للخطيب الشربيني ٢ : ١١ والمجموع ٩ : ٢١٥ - ٢١٦ .

والخمر[1] والسرجين[2] .

---

(1) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائها قال : واختلفوا في الانتفاع بسعر الخمر ، فمنعه ابن سيرين ، والحكم ، وحماد ، والشافعي ، وأحمد وإسحاق: والأصل فيه ما روى جابر رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : (إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة ، فإنها يطلى بها السفن ، ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ عليه وسلم عند ذلك . قاتل الله اليهود ، إن الله لما حرم شحومها ، جملوه ثم باعوه فأكلوا الميتة) رواه البخاري ومسلم في صحيحهما طويلاً / أنظر صحيح مسلم ١٠ : ٦ وفي الصحيح أحاديث كثيرة صريحة في إراقة الخمر منها :

١ ـ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ قال : (يا أيها الناس إن الله يعرض بالخمر ، ولعل الله سينزل فيها : فمن كان عنده شيء فليبعه ولينتفع به ، قال :فما لبثنا إلا يسيراً حتى قال رسول الله ﷺ : إن الله حرم الخمر ، فمن أدركته هذه الآية وعنده منها شيء فلا يشربه ، ولا يبيعه فاستقبل الناس بما كان عندهم منها في طرق المدينة فسفكوها) رواه مسلم أنظر صحيح مسلم ١٠ : ٢ .

٢ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما : (أن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر فقال له رسول الله ﷺ : هل علمت أن الله قد حرمها ؟ قال لا فسارٌ إنساناً فقال له رسول الله ﷺ بم ساررته ؟ قال . أمرته ببيعها ، فقال : إن الذي حرم شربها ، حرم بيعها ، ففتح المزاده حتى ذهب ما فيها) رواه مسلم / صحيح مسلم ١٠ : ٤ .

٣ ـ وفي الصحيحين عن أنس : (أنه لما نزل تحريم الخمر أمره أبو طلحة أن يريق الخمر التي كانت عندهم فأراقها) فتح الباري ٥ : ٣٢٢ .

٤ ـ وعن أنس : (أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرا قال : أهرقها ، قال : أفلا أجعلها خلا ؟ قال : لا)رواه أبو داود باسناد صحيح أو حسن . / مختصر سنن أبي داود ٥ : ٢٦٠ .

(2) السرجين : بكسر السين وفتحها وبالجيم ، ويقال بالكاف بدلها بيع سرجين ـ

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجوز بيع الكلب[1] ، والسرجين ، ويجوز أن يوكل المسلم ذمياً في بيع الخمر ، وابتياعها)[2] .

البهائم المأكولة وغيرها ، وذوق الحمام باطل ، وثمنه حرام ، وهذا مذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ واستدلوا على ذلك بحديث ابن عباس : أن النبي ﷺ قال : (إن الله إذا حرم على قوم شيئاً حرم عليهم ثمنه) . سنن أبي داود ٢ :٢٥١.

ولأنه نجس العين فلم يجز بيعه كالعذرة ، فإنهم وافقوا على بطلان بيعها مع أنه ينتفع بها .

وقال أبو حنيفة : يجوز بيع السرجين لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على بيعه من غير إنكار ، ولأنه يجوز الإنتفاع به ، فجاز بيعه كسائر الأشياء .

قال الماوردي : إن بيعه إنما يفعله الجهلة والأراذل، فلا يكون ذلك حجة في دين الإسلام/ المجموع ٩: ٢١٨.

(١) لأن الكلب مال ، فكان محلاً للبيع كالصقر ، والبازي ، والدليل على أنه مال ، إنه منتفع به حقيقة مباح الإنتفاع به شرعاً على الإطلاق ، فكان مالاً ولا شك أنه منتفع به حقيقة. والدليل على أنه مباح الإنتفاع به، شرعاً على الإطلاق، أن الانتفاع به بجهة الحراسة والإصطياد مطلق شرعاً في الأحوال كلها، فكان محلاً للبيع، لأن البيع إذا صادف محلاً منتفعاً به حقيقة مباح الإنتفاع به على الإطلاق، مست الحاجة إلى شرعه، لأن شرعه يقع سبباً ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة، إذ الحاجة إلى قطع المنازعة فيما يباح الإنتفاع به شرعاً على الإطلاق، لا فيما يجوز: بدائع الصنائع للكاساني/ ٦: ٣٠٠٦.

ويقول الكاساني : عن حديث منع بيع الكلب : أنه كان في ابتداء الإسلام ، لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب ، فأمر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة في الزجر ، أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل ، قوله أنه نجس العين ؟ قلنا : هذا ممنوع ، فإنه يباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق اصطياداً وحراسة ، ونجس العين لا يباح الإنتفاع به شرعاً إلا في حالة الضرورة كالخنزير / بدائع الصنائع للكاساني ٦ : ٣٠٠٦ .

(٢) (وابتياعها) : في أ ، ب وفي حـ وابتياعه ، والأصح التأنيث .

وعنه رواية أخرى في الكلب العقور : أنه لا يجوز بيعه[1] .

ومن أصحاب مالك رضي الله عنه من قال : لا يجوز بيعه[2] .

ومنهم من قال : المأذون في إمساكه يصح بيعه وإن كره .

وتصح الوصية به ، فأما هبته[3] فقد قال أبو العباس بن القاص : تصح هبته .

= وبيع الخمر والخنزير عند الحنيفة : إن قوبل البيع بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، لأنه متى اشتراهما بالدراهم ، فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً / الهداية للمرغيناني ٦ : ٤٠٥ .

وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو شرائها ،ففعل جاز عند أبي حنيفة ، حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل ، فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير .

وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمراً أوخنزيراً . وصورته أن يكون كافراً فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما، وله وارث مسلم فيرثهما ، فيوكل كافراً ببيعهما، فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه . قال ﷺ : (إن الذي حرمها حرم بيعها وأكل ثمنها) . / سبق تخريجه .

ولأن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي ، فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما . / الهداية للمرغيناني ، والعناية على الهداية ، وفتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٦ : ٤٣٩ ـ ٤٤٠ وانظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٤٤ وحاشية الشلبي عليه .

(١) أنظر بدائع الصنائع للكاساني ٦ : ٣٠٠٦ .

(٢) (بيعه) : في حـ وساقطة من أ ، ب .

(٣) الوصية بالكلب المنتفع به ، والسرجين ، ونحوها من النجاسات جائزة بالإتفاق وفي إجازة لكلب وهبته وجهان مشهوران ـ أصحهما : البطلان .

(قال)[1] القاضي أبو الطيب : عندي أنه لا يصح ، ولعل أبا العباس أراد نقل اليد عليه كالوصية به .

ويجوز اقتناء الكلب للصيد ، وحفظ الماشية والزرع ، وفي اقتنائه لحفظ الدروب به وجهان[2] (وهل يجوز لمن لا يصطاد أن يقتنيه ليصطاد به إذا أراد ؟ فيه وجهان)[3] .

وفي اقتناء الجرو الصغير وجهان [4] .

---

(١) (قال) : في أ ، ب وفي حـ فقال .

(٢) أحدهما : ـ لا يجوز لما روى سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية ، نقص من أجره كل يوم قيراطان / صحيح مسلم ٢٣٨/١٠ وفي حديث أبي هريرة : إلّا كلب صيد أو ماشية أو زرع»

رواه البخاري ومسلم من طرق في بعضها «نقص من أجره كل يوم قيراطان» وفي بعضها ـ قيراط والقيراط : عبارة عن جزء من عمله ، واختلفوا في المراد به ، فقيل : ينقص من ماضي عمله ، وقيل : من مستقبله ، قال : واختلفوا في محل نقص القيراطين فقال : قيراط من عمل النهار ، وقيراط من عمل الليل ، وقيل : قيراط من عمل الفرض ، وقيراط مت عمل النفل ، والثاني : يجوز ، لأنه حفظ مال فأشبه الزرع والماشية .

(٣) (وهل يجوز لمن لا يصطاد . . . وجهان) : ساقطة من أ وموجوده في ب ،حـ وهو الصحيح .

والوجهان : أحدهما : يجوز وهو المنصوص في المختصر والخبر.

والثاني :لا يجوز ، لأنه لا حاجة به إليه / المهذب للشيرازي ٢١٩/٩ .

(٤) الأول : لا يجوز اقتناء الجرو الصغير للصيد والماشية والزرع ، لأنه ليس فيه منفعة يحتاج إليها .

(فأما ما لا نفع)[1] فيه من الحيوان ، ويرجى نفعه في الثاني كالفهد[2] الذي إذا علم نفع والفيل الذي إذا تأنس حَمَل وقاتل ، ففي جواز بيعه في الحال وجهان :

أحدهما : لا يجوز[3] .

والثاني : يجوز[4] .

فأما الماء القليل ، إذا وقعت فيه نجاسة ، فهل يجوز بيعه؟ فيه وجهان[5] .

= والثاني : يجوز ، لأنه إذا جاز اقتناؤه للصيد ، جاز اقتناؤه لتعليم ذلك / المهذب للشيرازي ٢١٩/٩ .

(١) (فأما ما لانفع) : في ب ، حـ وفي أ فأما ما لاينفع وهذا سهو من النساخ .

(٢) أما اقتناء ولد الفهد ، فالمشهور جوازه كالقرد ، والفيل وغيرهما.
وحكى صاحب البحر، فيه طريقين (المذهب) القطع بجوازه، و (الثاني) فيه وجهان حكاهما القاضي أبو علي البندنيجي، والله أعلم/ المجموع ٢٣٢/٩ .

(٣) لا يجوز بيعه ولا يحل ثمنه ، وبهذا قال طاووس ، وعطاء بن أبي رباح ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك وأحمد .

(٤) وقال ابن المنذر ، ـ ورخص فيه عروة بن الزبير ،وابن سريج ، قال ابن المنذر ، : مذهب من حرم هو الأصح المجموع /للنووي ٢١٧/٩ .

(٥) الوجه الأول : لا يجوز بيعه ، لأنه نجس لا يطهر بالغسل ، فلم يجز بيعه كالخمر وبه قطع الغزالي في البسيط قال الروياني ، وفيه طريق آخر وهما الجزم ببطلان بيعه ، لأنه لا يطهر ، بل يستحيل ببلوغه قلتين من صفة النجاسة إلى الطهارة كالخمر يتخلل .
الوجه الثاني : يجوز بيعه ، لأنه يطهر بالماء فأشبه الثوب / المهذب للشيرازي ٢٢٢/٩ .

وأما الدهن ، إذا وقعت فيه نجاسة ، فهل يطهر (بالغسل)[1] ؟ فيه وجهان[2] :

ـ فإن قلنا : يطهر بالغسل (كان كالماء)[3] النجس .

ـ وإن قلنا : لا يطهر ، لم يجز بيعه .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجوز بيع الدهن النجس بكل حال[4] .

ويجوز الاستصباح (به)[5] .

---

(١) (بالغسل) : في أ ، حـ وفي ب بالغسيل ، والأول أصح ، أنظر المهذب للشيرازي ٢٢٢/٩ .

(٢) أحدهما : لا يطهر ، لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل .
والثاني : يطهر، لأنه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب.

(٣) (كان كالماء) : في ب ،حـ وفي أ كان الماء كالماء والأول هو الصحيح .

(٤) قال محمد : في الزيت إذا وقع فيه ودك الميتة ، أنه إن كان الزيت غالباً يجوز بيعه وإن كان الودك غالباً ، لا يجوز بيعه ، لأن الحلال إذا كان هو الغالب ،يجوز الإنتفاع به إستصباحاً ودبغاً فكان مالاً ، فيجوز بيعه ، وإذا كان الحرام هو الغالب ، لم يجز الإنتفاع به بوجه ، فلم يكن مالاً فلا يجوز بيعه / بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٠٩/٦ .

(٥) (به) : في ب ،حـ وفي أ فيه .
ذكر أكثر الخراسانيين في جوازه قولين : أصحهما : جوازه والثاني : تحريمه، لأنه يؤدي إلى ملابسه وملابسة دخانه ، ودخانه نجس على الأصح .
قال الإمام النووي رحمه الله : فإن كان السراج الذي فيه الدهن النجس بعيداً بحيث لا يلقي دخانه المتنجس به فلست أرى لتحريم هذا وجهاً ، فإن الإنتفاع بالنجاسات لا يمنع وكيف يمنع مع تجويز تزبيل الأرض وتدميلها بالعذرة .

وذكر في الحاوي : أن النص ورد بالنهي أن تطلى السفن بشحوم الميتة .

وحكم الزيت النجس ، حكم شحم الميتة في الاستصباح (فاستويا)[١] في المنع من (الطلاء)[٢] .

واختلف في معنى المنع من الطلاء ، وجواز الاستصباح .

فقيل : الاستصباح إستهلاك ، والطلاء استبقاء له .

وقيل في الاستصباح :لا يمسه في العادة إلا من بعد ، وفي الطلاء (يمسه)[٣] .

وفي بيع بيت من دار لا طريق له وجهان[٤] :

---

(١) (فاستويا) : في أ ،حـ وفي ب فلم يستويا .

(٢) (الطلاء) : في ب ، وفي أ ، حـ الطلي .

(٣) (يمسه) : فيحـ وفي أ ، ب تمسه .

(٤) أصحهما : صحة البيع ، قال أصحابنا الخراسانيون : لو باع أرضاً معينة محفوفة بملك البائع من جميع الجوانب ، لم يصح البيع لاختلاف الغرض بالممر ، وإن شرط الممر من جانب معين ، صح البيع ، فإن قال : ، بعتها بحقوقها صح البيع ، وثبت للمشتري حق الممر من كل جانب كما كان للبائع قبل البيع ، وإن أطلق بيعها ولم يتعرض للممر فوجهان۔

أصحهما : يصح ، ويكون كما لو قال بعتكها بحقوقها .

والثاني : أنه لا يقتضي الممر ، فعلى هذا هو كما لو صرح بنفي الممر وفيه وجهان :

أصحهما : بطلان البيع لعدم الإنتفاع في الحال .

والثاني : الصحة لإمكان تحصيل الممر .

ـ فإن باعه بيتاً معيناً يلي ملكه ، ويلي الشارع وملك البائع ولم يذكر (الطريق)[1] فقد ذكر القاضي حسين رحمه الله : فيه وجهين :

أحدهما : أن الإطلاق يقتضي الاستطراق من ملك البائع .

والثاني : يقتضي الاستطراق من الشارع .

وحكى في الحاوي في بيع السم الذي يقتل كثيره ، ولا يقتل يسيره قولين :

ولا يجوز بيع أم الولد[2] .

وقال داود : يجوز بيعها .

---

(١) (الطريق) : في ب ، وفي أ ، حـ طريق .

(٢) لا يجوز بيع أم الولد ، ولا هبتها ولا رهنها ولا الوصية بها ، والمعتمد في تحريم بيع أم الولد ما رواه مالك والبيهقي وغيرهما بالاسانيد الصحيحة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (لأنه نهى عن بيع أمهات الأولاد)

وإجماع التابعين فمن بعدهم على تحريم بيعها ، وهذا على قول من يقول من أصحابنا : إن الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف ، وحينئذٍ يستدل بهذا الثابت عن عمر بالإجماع على نسخ الأحاديث الثابت في جواز بيع أم الولد : منها :

١ ـ حديث جابر قال (بعنا أمهات الأولاد على عهد النبي ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا فانتهينا) رواه أبو داود باسناد صحيح / مختصر سنن أبي داود ٤١١/٥ وفي رواية قال : (كنا نبيع سرارينا أمهات أولاد ، والنبي ﷺ حي، لا يرى بذلك بأساً) رواه الدارقطني والبيهقي باسناد صحيح ، وأبو داود / أنظر مختصر سنن أبي داود ٤١٢/٥ ، قال الخطابي وغيره ـ يحتمل أن بيعها كان مباحاً وفي أول الإسلام ، ثم نهى عنه النبي ﷺ في آخر حياته ،ولم يشتهر ذلك النهي إلى زمن عمر ، فلما بلغ عمر النهي نهاهم / المجموع ٢٣١/٩ .

(ويروى)[1] عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وعن ابن عباس (رضي الله عنهما)[2] روايتان :

ويجوز بيع المدبر[3] .

وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا كان التدبير مطلقاً ، لم يجز بيعه[4] .

وفي بيع المكاتب قولان :

---

(١) (ويروى) : في أ ، و ب وفي حـ وروى .

(٢) (رضي الله عنهما) : ساقطة من ب ، حـ وموجوده في أ .

(٣) لما روى جابر : (أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن له غلام غيره ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : من يشتريه مني .؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه ، فقال جابر بن عبد الله : كان عبداً قبطياً مات عام أول ، حديث جابر رواه البخاري ومسلم / فتح الباري ٢٥٨/٥ وفي رواية لمسلم ، مات عام أول في ولاية ابن الزبير) وفي رواية للبخاري عن جابر : أن النبي ﷺ : باع المدبر / فتح الباري ٣٢٥/٥ .

وبيع المدبر جائز عند الشافعية سواء كان محتاجاً إلى ثمنه أم لا ، وسواء كان على سيده دين أم لا ، وسواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً ، وبه قالت عائشة أم المؤمنين ، ومجاهد وطاووس وعمر بن عبد العزيز وأحمد وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود وغيرهم / المجموع ٢٣٢/٩ .

(٤) واستدلوا بما روى أبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ نهى عن بيع المدبر) ومطلق النهي محمول على التحريم / السنن الكبرى ٣١٣/١٠ .

وروي عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال : (المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث) ، ولأنه حر من وجه فلا يجوز بيعه كأم الولد / السنن الكبرى ٣١٤/١٠ .

والدليل على أنه حر من وجه الإستدلال بضرورة الإجماع ، وهو أنه يعتق -

أصحهما : أنه لا يجوز ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله[1] .

وقال في القديم : يجوز[2] .

ولا يجوز بيع الوقف[3] .

= بعد الموت بالإجماع والحرية لابد لها من سبب ، وليس ذلك إلا الكلام السابق ، وليس هو بتحرير بعد الموت ، لأن التحرير فعل إختياري ، وأنه لا يتحقق من الميت فكان تحريراً من حين وجوده ، فكان ينبغي أن تثبت به الحرية من كل وجه للحال ، إلا أنها تأخرت من وجه إلى آخر جزء من أجزاء حياته بالإجماع ، ولا إجماع على التأخير من وجه ، فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال ، فلا يكون مالاً مطلقاً ، فلا يجوز بيعه / بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٠٢/٦ .

(١) وهذا نص الشافعي رحمه الله ، لأنه كان لخارج من ملكه ، ولهذا لا يرجع أ رش الجناية عليه إليه ، فلم يملك بيعه كما لو باعه ، ولكن إذا أدى المكاتب النجوم إلى المشتري فهل يعتق ؟

قال أصحابنا : فيه الخلاف ، فيما لو باع السيد النجوم التي على المكاتب وقلنا بالمذهب ، أنه لا يصح بيعه فأداها المكاتب إلى المشتري .

وللشافعي فيه نصان : الأول : في المختصر أنه يعتق بدفعها إلى المشتري .

والثاني : في الأم ، أنه لا يعتق .

وللأصحاب فيه طريقان : المذهب ، وبه قال الجمهور ـ أن المسألة على قولين .

أحدهما: يعتق، لأن السيد سلطه على القبض فأشبه الوكيل، وأصحهما: لا يعتق، لأنه يقبض زاعماً أنه يقبض لنفسه، حتى لو تلف في يده ضمنه، بخلاف الوكيل المجموع للنووي ٢٣٣/٩ .

(٢) يجوز بيعه ، لأن عتقه غير مستقر ، فلا يمنع من البيع / المهذب للشيرازي ٢٣٢/٩ .

(٣) بيع العين الموقوفه باطل بلا خلاف عندنا ، سواء قلنا : أن الملك فيه لله تعالى ، =

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجوز بيعه ما لم يتصل به حكم حاكم .

والمملوك إذا كان (مشتركاً)[1] جاز بيعه من مسلم ومشرك ، صغيراً كان أو كبيراً ، وقال أحمد رحمه الله : لا يجوز بيع المملوك الصغير من المشرك .

ويجوز بيع لبن الآدميات[2] .

= أو للموقوف عليه أو باق على ملك الواقف ، واستدلوا على بطلان بيع الوقف بما روى ابن عمر رضي الله عنه قال : (أصاب عمر رضي الله عنه أرضاً بخيبر ، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها ، قال ـ فتصدق بها عمر صدقة لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث) .
رواه البخاري ومسلم / صحيح البخاري بحاشية السندي ١٢٤/٢ .

(١) (مشتركاً) : في ب ،حـ وفي أ مشركاً .

(٢) مذهب الشافعية أن لبن الآدميات جائز وبه قطع أصحاب الشافعي إلا الماوردي ، والشاشي ، والروياني ، فحكوا وجهاً شاذاً ، عن أبي القاسم، الأنماطي من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه ، وإنما يربي به الصغير للحاجة ، وهذا الوجه غلط من قائلة .
وحجة من أجاز بأنه لبن طاهر منتفع به ، فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولأنه غذاء للآدمي فجاز بيعه كالخبز ، وقد رد على هذا الرأي أنه منتقض بدم الحيض ، فإنه غذاء للجنين ولا يجوز بيعه ، قال القاضي أبو الطيب في تعليقه أن هذا ليس بصحيح ، ولا يتغذى الجنين بدم الحيض ، بل يولد وفمه مسدود لا طريق فيه لجريان الدم ، وعلى وجهه المشيمه ، ولهذا أجنة البهائم تعيش في البطون ولا حيض لها ، واحتجوا أيضاً بأنه مائع يحل شربه فجاز بيعه كلبن الشاة .
قال الشيخ أبو حامد فإن قيل ينتقض بالعرق ، قلنا لا نسلم بل يحل شربه المجموع للنووي ٢٤١/٩ ـ ٢٤٢ .

وحكى عن أبي القاسم بن بشار[1] من أصحابنا أنه قال ـ هو نجس (ولا يحل)[2] شربه لغير الصغار ، ولا يجوز بيعه ، وليس بمذهب .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : هو (طاهر)[3] غير أنه لا يجوز بيعه ، وهو قول مالك رحمه الله .

---

(١) أبو القاسم بن بشار : هو عثمان بن سعيد بن بشار ، أبو القاسم الأنماطي الأحول ، كان أحد الفقهاء على مذهب الشافعي ، وحدث عن المزني والربيع وتفقه عليه شيخ المذهب أبو العباس بن سريج .

وحمل عنه العلم ابن سريج ، وأبو سعيد الأصطخري ، وأبو علي بن خيران ، ومنصور التميمي ، وأبو حفص بن الوكيل البابشامي ، مات الانماطي في شوال سنة ثمان وثمانين ومائتين طبقات الشافعيه الكبرى لابن السبكي ٣٠١/٢ ـ ٣٠٢ .

(٢) (ولا يحل) : في ب ، حـ وفي ، أ ولا يجوز .

(٣) (طاهر) : في ب ، حـ وفي أ ظاهر، وهذا تصحيف من النساخ .

واستدل الحنفية على عدم جواز بيع لبن الآدميات بأنه ليس بمال ، واستدلوا على أنه ليس بمال إجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول .

أما إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضي الله عنهما أنهما حكما في ولد المغرور بالقيمة ، وبالعقر بمقابلة الوطء ، وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالإستهلاك ، لو كان مالاً لحكما ، لأن المستحق يستحق بدل إتلاف ماله بالإجماع ، ولكن إيجاب الضمان بمقابلته أولى من إيجاب الضمان بمقابلة منافع البضع ، لأنها ليست بمال ، فكانت حاجة المستحق إلى ضمان المال أولى ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فكان إجماعاً .

وأما المعقول ، فهو لأنه لا يباح الإنتفاع به شرعاً على الإطلاق ، بل لضرورة تغذية الطفل ، وما كان حرام الإنتفاع به شرعاً إلا لضرورة لايكون مالاً كالخمر والخنزير .

ويجوز بيع رباع مكة(1) .

= والدليل عليه أن الناس لا يعدونه مالاً ولا يباع في سوق ما من الأسواق، دل أنه ليس بمال فلا يجوز بيعه، ولأنه جزء من الآدمي، والآدمي بجميع أجزائه محترم مكرم، وليس من الكرامة والإحترام ابتداله بالبيع والشراء/ بدائع الصنائع للكاساني ٦/٣٠١١.

(1) بيع رباع مكة : هذه المسألة مهمة وخاصةً في وقتنا الحاضر لكثرة الحجيج وسهولة المواصلات .

مذهب الشافعي رضي الله تعالى عنه يجيز بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها، وبه قال عمر بن الخطاب وجماعات من الصحابة ، ومن بعدهم ، وهو مذهب أبي يوسف .

واحتجت الشافعية بالأدلة التالية -

١ - بقوله تعالى : ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم﴾ سورة الحشر «آية ٨» والإضافة تقتضي الملك ، ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد ، حكم بملكها لزيد ، ولو قال : أردت السكنى واليد لم يقبل .

٢ - بحديث أسامة بن زيد أنه قال: «أين تنزل من دارك في مكة؟ فقال، وهل ترك لنا عقيل من دار؟ وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرثه جعفر ولا علي لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين»/ السنن الكبرى للبيهقي ٣٤/٦. قال أصحاب الشافعي: فهذا يدل على إرث دورها والتصرف فيها .

٣ - بحديث أبي هريرة رضي الله عنه في قصة فتح مكة فقال: «فجاء أبو سفيان فقال : يا رسول الله أبيدت خضراء قريش ، لا قريش بعد اليوم ، فقال رسول الله ﷺ : من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن ، رواه مسلم صحيح مسلم ١٢٧/١٢ .

٤ - وبالأثر المشهور في سنن البيهقي وغيره : «أن نافع بن عبد الحرث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضي الله عنه بأربعمائة ، وفي رواية بأربعة آلاف » السنن الكبرى للبيهقي ٣٤/٦ . =

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز وهو قول مالك رحمه الله

---

٥ - بما روى الزبير بن بكار وغيره : أن حكيم بن حزام باع دار الندوة بمكة من معاوية بن سفيان بمائة ألف ، فقال له عبد الله بن الزبير : «يا أبا خالد ، بعت مأثرة قريش ، وكريمتها ؟ فقال هيهات ذهبت المكارم ، فلا مكرمة اليوم إلا الإسلام ، فقال : أشهدوا أنها في سبيل الله تعالى يعني الدراهم ، السنن الكبرى للبيهقي ٣٥/٦ .

٦ - بما رواه البيهقي باسناده عن إبراهيم بن محمد الكوفي قال : رأيت الشافعي بمكة يفتي الناس ، ورأيت إسحاق بن راهويه، وأحمد بن حنبل حاضرين ، فقال أحمد لاسحاق : تعال حتى أريك رجلاً لم تر عيناك مثله، فقال إسحاق: لم تر عيناي مثله؟ فقال: نعم: فجاء به فوقفه على الشافعي ، فذكر القصة إلى أن قال ، ثم تقدم إسحاق إلى مجلس الشافعي فسأله عن كراء بيوت مكة، فقال الشافعي: هو عندنا جائز، قال رسول الله ﷺ «وهل ترك لنا عقيل من دار»؟ فقال إسحاق : حدثنا يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن أنه لم يكن يرى ذلك ، وعطاء وطاووس لم يكونا يريان ذلك ، فقال الشافعي لبعض من عرفه : من هذا قال : هذا إسحاق بن راهوية الحنظلي الخراساني فقال له الشافعي : أنت الذي يزعم أهل خراسان أنك فقيههم ؟ قال إسحاق : هكذا يزعمون ، قال الشافعي : ما أحوجني أن يكون غيرك في موضعك ، فكنت آمر بفرك أذنيه ، أنا أقول : «قال رسول الله ﷺ ، وانت تقول : قال طاووس ، والحسن ، وإبراهيم هؤلاء لا يرون ذلك ؟ وهل لأحد مع النبي ﷺ حجة ؟ وذكر كلاماً طويلاً .

ثم قال الشافعي : قال الله تعالى : ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم﴾ سورة الحشر آية (٨) ، افتنسب الديار إلى مالكين أو غير مالكين ؟ فقال إسحاق : إلى مالكين ، قال الشافعي : قول الله أصدق من الأقاويل ،وقد قال رسول الله ﷺ من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، وقد اشترى عمر بن الخطاب رضي الله عنه دار الحجامين ، وذكر الشافعي له جماعة من أصحاب رسول لله ﷺ ، السنن الكبرى للبيهقي ٣٤/٦ ومسلم ١٢٧/١٢ .

وإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله[1] .

= فقال له إسحاق : سواء العاكف فيه والباد ، فقال الشافعي : قال الله تعالى ﴿والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد﴾ والمراد : المسجد خاصةً ، وهذا الذي حول الكعبة ، ولو كان كما تزعم لكان لا يجوز لأحد أن ينشد في دور مكة ، وفجاجها ضالة ، ولا ينحر فيها البدن ، ولا يلقى فيها الأرواث ، ولكن هذا في المسجد خاصةً ، فسكت إسحاق ولم يتكلم فسكت عنه الشافعي .

(1) المانعون لبيع رباع مكة ، واستدلوا بما يلي :

١ ـ روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ في مكة «لاتباع رباعها ولا تكرى بيوتها» رواه الأثرم باسناده / السنن الكبرى للبيهقي ٣٥/٦ .

٢ ـ وعن مجاهد عن النبي ﷺ أنه قال : «مكة حرام بيع رباعها حرام إجارتها» وهذا نص رواه سعيد بن منصور في سننه ، السنن الكبرى للبيهقي ٣٥/٦ .

وروى أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله ﷺ ذكره مسدد في مسنده ، ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم ، فكانت موقوفة ، فلم يجز بيعها كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها ، والدليل على أنها فتحت عنوة : قول رسول الله ﷺ «أن الله حبس عن مكة الفيل ، وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وأنها لم تحل لأحد قبلي ، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار لا يختلى خلاها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها ولا يحتش حشيشها»/ متفق عليه/ الفتح الكبير ٣٣١/١.

٣ ـ وروت أم هانيء قالت : «أجرت حموين لي ، فأراد علي أخي قتلهما ، فأتيت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله إني أجرت حموين لي ، فزعم ابن أمي علي أنه قاتلهما فقال النبي ﷺ قد أجرنا من أجرت ، أو آمنا من آمنت يا أم هاني» متفق عليه ، ولذلك أمر النبي ﷺ بقتل أربعة ، فقتل منهم ابن خطل ، ومقيس بن صبابه ، وهذا يدل على أنها فتحت عنوة / =

ويصح بيع دود القز ، وبه قال (أحمد[1] ومحمد رحمهما الله[2] .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز .

وعنه رواية أخرى : أنه يجوز بيعه مع القز[3] .

وفي بيع بيض ما لا يؤكل من الطيور التي يجوز بيعها وجهان بناء على الوجهين في طهارة مني ما لا يؤكل[4] .

= المغني لابن قدامه المقدسي ٤/٢٨٨ - ٢٨٩ وبدائع الصنائع ٦/٣٠١٣ - ٣٠١٥ والمعجم المفهرس ٢/٣٣٦ .

٤ - وبالحديث الصحيح : «أن رسول الله ﷺ قال : (منى مباح لمن سبق) وهو حديث صحيح / السنن الكبرى ٥/١٣٩ .

قالوا : لأنها بقعة من الحرم ، فلا يجوز بيعها وإجارتها ، كنفس المسجد الحرام ، وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال : «كره إجارة بيوت مكة في الموسم من الحاج والمعتمر فأما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك / بدائع الصنائع ٦/٣٠١٤

(١) (أحمد) : بياض في أ وموجوده في ب ، حـ أنظر المغني لابن قدامه ٤/٢٨٦ .

(٢) لأنه حيوان طاهر منتفع به ، فهو كالعصفور ، والنمل وغيرهما .

(٣) أنظر بدائع الصنائع ٦/٣٠١٣ ، لأن الدود ينتفع به ، وكذا بيضه في المآل فصار كالجحش والمهر ولأن الناس قد تعاملوه، فمست الضرورة إليه فصار كالاستصناع.

ولأبي حنيفة : لا يجوز لأن الدود من الهوام ، وبيضة لا ينتفع به فأشبه الخنافس والوزغات وبيضها .

والفتوى على قول محمد/ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٦ /٤٩.

(٤) فإن قلنا : إن ذلك طاهر ، جاز بيعه ، لأنه طاهر منتفع به ، فهو كبيض الدجاج .

وإن قلنا : إنه نجس ، لم يجز بيعه ، لأنه عين نجسه ، فلم يجز بيعه كالكلب . والخنزير : المهذب للشيرازي /٩ : ٢٤١ .

بـــاب
ما نهى عنه من بيع الغرر(١)

---

(١) والغرر لغة : الخطر ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، وغرته الدنيا غروراً ، من باب قعد ، خدعته بزينتها ، فهي غرور مثل رسول ، إسم فاعل مبالغة وغر الشخص يغر من باب ضرب غرارة بالفتح فهو غار وغرر بنفسه تغريراً وتغره كنحلة ، عرضها للهلكة والإسم الغرر / أنظر المصباح المنير ٦٨٢/٢ والقاموس المحيط ١٠١ وكشاف اصطلاحات الفنون ، ولسان العرب .

والغرر في اصطلاح فقهاء الحنفيه ، فقد عرفه الزيلعي ، الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا / الزيلعي ٤٦٠٤ ، وتعريفات السيد الجرجاني /١٤١ ، وقال البابرتي : الغرر ما طوى عنك علمه / العناية بهامش فتح القدير ١٩٢/٥ ، وقال السرخسي : الغرر ما يكون مستور العاقبة .

وعند المالكية : قال المازري الغرر ما تردد بين السلامة والعطب / جواهر الأكليل ٢١/٢ وقال الدسوقي الغرر التردد بين أمرين أحدهما على الغرر والثاني على خلافه/ الدسوقي على الشرح الكبير ٥٥/٣، وعند الشافعية قال البجيرمي: الغرر ما انطوت عنا عاقبته، أو الغرر ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما/ الشرقاوي على تحفة الطلاب ٩/٢. =

لا يصح بيع ما لا يملكه بغير إذن مالكه[1].

= وعند الحنابلة : قال القاضي وجماعة : الغرر ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر / مطالب أولى النهي ٢٥/٣ ، وراجع كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية حـ ١، ٧١ ـ ٧٨، فقد أوردت جميع تعاريف الفقهاء.

وقد وردت عدة أحاديث في النهي عن بيع الغرر نذكر منها الحديث التالي : (عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)، وفي رواية عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر / صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٦/١٠ ـ ١٥٧ ، والفتح الكبير ٢٧٧/٣ ، والترمذي ٥٣٢/٣ والنسائي ٧ /٢٣٠ ، وسنن ابن ماجه ١٠/٢ والسنن الكبرى للبيهقي ٣٤٢/٥ والمنتقى للباجي ٢٤٣/٥ .

(١) واستدلوا بحديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «لا تبع ما ليس عندك» رواه الخمسة وأخرجه أبن حبان في صحيحه، وقال الترمذي: حسن صحيح، وفي بعض طرق هذا الحديث عبد الله بن عصبة قال عنه عبد الحق أنه ضعيف جداً، ونقل عن ابن حزم أنه مجهول قال الحافظ وهو جرح مردود/ نيل الأوطار ١٦٤/٥، والنسائي ٢٥٤/٧ .

والمراد بغير إذن مالكه: يريد من غير إذن شرعي.

إختلف الأصحاب من فقهاء الشافعية في بيع ما ليس عند الإنسان فقال بعضهم: أراد به أن يبيع الرجل سلعة لا يملكها بيعاً عن نفسه لا عن مالكها، ثم يمضي فيبتاعها ويدفعها إلى مشتريها وهذا بيع باطل لا أعلم فيه خلافاً، وعلل الشيرازي أن بيع ما لا يملكه بأنه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء/ المهذب للشيرازي ٢٦٩/١.

وقال آخرون : إن مراد الشافعي رضي الله عنه بقوله ومن بيوع الغرر عندنا بيع لنهيه عندك بيع العين الغائبة على خيار الرؤية، فإن أصح القولين من مذهبه بطلان البيع فيها لنهيه ﷺ عن بيع الغرر، وبيع العين الغائبة غرر/ الحاوي للماوردي ١٧/٦.

والقول الثاني : وهو القديم أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز =

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يصح بيعه ، ويقف على إجازة مالكه ، والشراء لا يقف على الإجازة[1] .

= صح البيع وإلا لغا وهذا القول حكاه الخرسانيون وجماعة من العراق، واستدلوا:

١ ـ بحديث حكيم بن حزام : (أن رسول الله ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية ، فاشترى به أضحية وباعها بدينارين واشترى أضحية بدينار ، وجاءه بأضحية ودينار فتصدق النبي ﷺ بالدينار (ودعا له بالبركة) رواه أبو داود والترمذي/ مختصر سنن أبي داود: ٤٩/٥ .

٢ ـ بحديث عروة البارقي قال : «دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة ، فأشتريت له شاتين ، فبعت أحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر له ما كان من أمره ،فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كنانة الكوفة فيربح الربح العظيم ، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً) رواه أبو داود في المختصر ٤٨/٥ ـ ٤٩ والترمذي ، وابن ماجه ، واسناد الترمذي صحيح ، واسناد الآخرين حسن فهو حديث صحيح .

٣ ـ وبحديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي ﷺ قال قال الثالث «اللهم استأجرت أجراء فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد ، ترك الذي له وذهب ، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال ، فجاءني بعد حين فقال : يا عبد الله : أدِّ إلي أجرى ، فقلت : كل ما ترى من أجرك من الإبل ، والبقر ، والغنم ، والرقيق فقال يا عبد الله لا تستهزىء بي ، فقلت لا أستهزىء، فأخذه كله فاستاقة فلم يترك منه شيئاً / رياض الصالحين ١٦ ـ ١٧ .

(١) لأن بيع ماليس عند الإنسان بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه وهو محال ، لأنه شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون المبيع مملوكاً عند البيع فإن لم يكن مملوكاً فلا ينعقد وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصةً / بدائع الصنائع للكاساني ١٤٦/٥ ـ ١٤٧ ـ ٢٣٥ ـ ١٦٣ . =

وقال مالك رحمه الله : يقف الجميع على الإجازة[1] .

وعن أحمد رحمه الله : روايتان في الجميع[2] .

= وحجتهم في الجواز : بما روى أن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة رضي الله تعالى عنه، فقيل لطلحة إنك قد غبنت، فقال الخيار لي لأني اشتريت ما لم أره، فذكر ذلك لعثمان رضي الله عنه فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره، فحكما جبير بن مطعم رضي الله عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة، ومن أجل هذا الحديث رجع أبو حنيفة عن الرواية الأولى إلى الرواية الثانية المبسوط للسرخسي ١٣/ ٧٠ - ٧١ وبدائع الصنائع ١٦٣/٥ .

(١) ذهبت المالكية إلى أن بيع ماليس عند الإنسان حرام لا يجوز على شرط أن يكون التقدير (عليك يا بائع الشيء الذي بعته والحال أنه ليس عندك حالاً أي معجلاً) فإن وقع العقد على مثل هذا فسخ العقد وذلك لأن الأصل فيما لا يجوز الفساد ، وترد السلعة إن كانت قائمة / الفواكه الدواني ١٤٨/٢ .

وقيد بعض الشيوخ قول المصنف : ولا يجوز بيع ما ليس عندك بما إذا لم يكن يغلب وجوده عند البائع ، أما إذا كان يغلب وجوده عند البائع ، فإنه يجوز أن يشتريه منه على الحلول ، إجراء له مجرى القبض وليس سلماً كالشراء من دائم العمل كالخباز واللحام بشرط وجوده عنده بأن يشرع قبل مجاوزة خمسة عشر يوماً من يوم العقد / الفواكه الدواني ٢ : ١٤٨ .

(٢) وذهبت الحنابلة إلى أن بيع مالا يملكه الإنسان لا يصح إلا إذا كان موصوفاً بصفات السلم/ مطالب أولي النهى ٢٠/٣ وكشاف القناع ١٥٧/٣ .

ويعتبر ابن قيم الجوزيه هذا البيع من قسم يشبه القمار ، لأنه إذا باع شيئاً معيناً وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه ويسلمه له كان متردداً بين الحصول وعدمه ، فكان غرراً يشبه القمار فنهى عنه ، أو لأنه قصد على هذا لما باعه ما ليس عنده والمشتري لا يعلم أنه يبيعه ثم يشتري من غيره ، وأكثر الناس لو علموا ذلك لم يشتروا منه ، بل يذهبون ويشترون من حيث اشترى هو ، وليست هذه المخاطرة مخاطرة التجارة بل مخاطرة المستعجل بالبيع مثل القدرة على التسليم ، فإذا اشترى التاجر السلعة وصارت عنده ملكاً وقبضا ، فحينئذٍ دخل =

وحكى القاضي حسين قولاً للشافعي رحمه الله في القديم : أن الجميع يصح ، ويقف على الإجازة .

فإن اشترى في الذمة شيئاً لغيره بغير إذنه ، وسماه ، فعلى قوله الجديد فيه وجهان :

أحدهما : أنه يبطل العقد .

والثاني : أنه يصح في حق نفسه (ويلغوا)[1] تسمية الغير .

ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه ، كالأعيان المملوكة بعقود المعاوضات قبل القبض . ولا فرق بين العقار والمنقول ، وبه قال محمد ابن الحسن في البيع[2] .

= خطر التجارة وباع بيع التجارة كما أحله الله بقوله ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ والله أعلم / زاد المعاد ٢٦٤/٤ - ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(١) (ويلغوا) : في أ ، حـ وفي ب وتلغوا .

(٢) لا يجوز بيع ما لم يقبض في عقود المعاوضات كالبيع ، والإجارة والصداق ، لأنه ربما هلك المبيع فانفسخ العقد ، ولا يجوز جعله عوضاً في صلح ، ولا إسلامه في شيء ، ولا التولية فيه ، ولا الإشتراك لما روى أن حكيم بن حزام قال : (يا رسول الله إني أبيع بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم؟ قال : لا تبع مالم تقبضه) نيل الأوطار للشوكاني ١٦٧/٥ ، ولأن ملكه عليه غير مستقر ، لأنه ربما هلك فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز / المهذب للشيرازي ٢٥٢/٩ .

ولمحمد رحمه الله : (أن هبة المال والتصدق به واقراضه من غير البائع جائز عنده وهو الأصح ، والأصل في ذلك : إن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض ، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه ، ويكون ذلك في =

وقال أحمد رحمه الله : إن كان (البيع)[1] مكيلاً أو معدوداً ، أو موزوناً ، لم يجز بيعه قبل القبض ، وفي غيره يجوز .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : يجوز بيع العقار منهما قبل القبض ، وكذلك الصداق وعوض الخلع[2] .

= المبيع والأجرة إذا كانت عيناً في الإجارة ، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عيناً لا يجوز بيع شيء من ذلك .

ومما لا ينفسخ العقد بهلاك العوض ، فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر ، وبدل الخلع والعتق على مال ، وبدل الصلح عن دم العمد ، كل ذلك إذا كان عيناً يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه / البحر الرائق ١٢٦/٦ ، والزيلعي ٨٠/٤ وابن عابدين ١٤٨/٥ ، وفتح القديرة/٢٦٢ .

(١) (المبيع) في ب ، حـ وفي أ البيع .

ـ والذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك ، لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع الطعام قبل قبضه) صحيح مسلم ١٧٠/١٠ ، فيفهم من هذا أن بيع ما سواه قبل قبضه مباح .

ـ والطعام في ذاك الوقت كان مستعملاً غالباً فيما يكال ويوزن وقيس عليهما المعدود والمزروع لاحتياجهما لحق توفيه ، فلا يصح التصرف فيه باجارة ولا هبة ولو بلا عوض ، ولا رهن ، ولو بعد قبض ثمنه ، ولا الحوالة عليه حتى يقبضه قياساً على البيع / المغني لابن قدامة المقدسي ٨٣/٤.

(٢) لأن ركن البيع صدر من أهله لكونه بالغاً ، عاقلاً غير محجور عليه في محل البيع ، باعتبار أنه مملوك له وذلك يقتضي الجواز / العناية على الهداية للبابرتي ٥/ ٢٦٥ ، وأيضاً فإن بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز ، كما يجوز بيع المنقول بعد القبض لأن المطلق التصرف في الملك دون اليد ، بدليل أنه لو باع ملكه وهو في يد مودع ، أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزاً إلا أنه إذا بقي في الملك المطلق للتصرف غرر ، يمكن الاحتراز عنه ، فذلك يمنع جواز التصرف كالمنقول . =

وفي عتق المبيع قبل القبض وجهان[1] :

أصحهما : أنه يجوز .

وقال مالك رحمه الله : بيع الطعام قبل القبض لا يجوز ، وبيع ما سواه يجوز[2] .

= أما العقار قبل القبض ليس في ملكه إلا غرر الاستحقاق ، لأنه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به ، وانتفاء الغرر لعدم تصور سببه أصلاً ، يكون أبلغ من انتفاء الغرر إذا تصور سببه ولم يعمل ، وإنما يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه المبسوط ١٣/١٠٩ ، والزيلعي ٤/٨٠ ، وفتح القدير ٥/٢٦٤ والعناية على الهداية عليه .

(١) والثاني : لا يجوز .

(٢) المالكيه قسمت العقود إلى قسمين :

١ ـ قسم يكون بغير معاوضه كالهبات والصدقات ، فيجوز بيعها قبل قبضها ، لأنها ليست من عقود المعاوضه ولا يتصور فيها معنى العينه التي لها معنى بيع الطعام قبل استيفائه بداية المجتهد ٢/١٥٧ ، والمنتقى ٤/٢٨٠ ـ ٢٨٢ .

٢ ـ قسم يكون بمعاوضة وينقسم إلى ثلاثة أقسام :

أ ـ قسم يختص بالمغابنه واالمكايسه كالبيع والاجارة والمهر والصلح والمال المضمون بالتعدي قال القاضي أبو محمد فهذه كلها تجرى مجرى البيع فلا يجوز بيعها قبل القبض لئلا يتوصل أهل العينة بذلك إلى بيع دنانير بأكثر منها / المنتقى للباجي ٤/٢٨٠ .

ب ـ قسم يقع على وجه المغابنة ويصح أن يقع على وجه الرفق كالاقالة والشركة والتولية، فإن وقع على وجه الرفق فإنه يصح البيع قبل القبض من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان، فإن وجدت الزيادة أو النقصان خرج عن وجه الرفق إلى البيع الذي لا يجوز.

ج ـ قسم يختص بالرفق من عقود المعاوضات كالقرض فلا خلاف عند =

(وحكى في إجازة المبيع قبل القبض وجهين أصحهما أنه لا يجوز)[1].

وفي الصداق، وعوض الخلع قول في (القديم نحو)[2] قول أبي حنيفة.

وحكى القاضي حسين رحمه الله: أن المشتري إذا قال للبائع: أبرأتك من ضمان المبيع وهو في يده، هل يصح إبراؤه[3] إنه يحتمل (أن) يجعل على الوجهين في المغصوب إذا أبرأ المالك الغاصب من ضمانه، وهذا فاسد.

وفي بيع عوض القرض، وبدل المتلف من غير من عليه وجهان:

أصحهما: (أنه يجوز)[4].

= المالكية، إن القبض ليس شرطاً في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه/ أنظر كتابنا نظرية الغرر جـ ٤٦٧/١ - ٤٩٠.

(١) (وحكى في ..... لا يجوز): ساقطة من أو موجودة في ب، حـ.

(٢) (القديم نحو): في أ، ب وفي حـ القديم له نحو.

(٣) (أن): في ب، حـ وفي أ أنه.

(٤) (أنه يجوز): في أ، ب وفي حـ أنه لا يجوز والأول هو الصحيح، أنظر المهذب ٢٦١/٩ فإن كان الملك عليها مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض، لأن ملكه مستقر عليه، فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض، وهل يجوز من غيره؟ فيه وجهان.

أحدهما: يجوز، لأن ماجاز بيعه ممن عليه، جاز بيعه من غيره كالوديعة.

والثاني: لا يجوز، لأنه لا يقدر على تسليمه إليه، لأنه ربما منعه أو جحده وذلك غرر لا حاجة به إليه، فلم يجز، والأول أظهر، لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود، وإن كان الدين غير مستقر =

وفي بيع الثمن قبل القبض قولان :

أصحهما : أنه يجوز[1] .

وفي بيع نجوم (الكتابة)[2] قبل القبض طريقان :

أحدهما : أنه يبنى على القولين في بيع رقبة المكاتب .

والثاني : أنه (لا يصح)[3] قولاً واحداً وهو الأصح .

والقبض فيما ينقل النقل[4] .

= نظرت ، فإن كان مسلماً فيه ، لم يجز بيعه ، لما روى أن ابن عباس رضي الله عنهما = (سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل، فقال . آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الحل ، فكرهه ابن عباس وقال . خذ برأس المال علفاً أو غنماً)، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر ، لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض / المهذب ٢٦١/٩ .

(١) لما روى ابن عمر ، قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فقال رسول الله ﷺ : لا بأس مالم تتفرقا وبينكما شيء). حديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي بأسانيد صحيحه / أنظر مختصر سنن أبي داود ٢٥/٥ - ٢٦ .

ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار كالبيع بعد القبض ، والقول الثاني : لا يجوز وهو قول المزني ، لأن ملكه غير مستقر عليه ، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو الرد بالعيب ، فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض / المهذب للشيرازي ٢٦١/٩ .

(٢) (الكتابة) : غير واضحة في أ وموجودة في ب ، حـ .

(٣) (لا يصح) : في أ ، حـ وفي ب يصح والأول هو الصحيح / أنظر المهذب للشيرازي ٢٦١/٩ .

(٤) لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ «نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى =

وحكى القاضي حسين: وجهاً آخر : أن التخلية فيه (تكون)[1] قبضاً.

وذكر في الحاوي : أنه إذا اشترى الحرز الذي فيه المبيع ، لم يلزمه النقل ، وصار قبض الحرز قبضاً (له)[2] .

وإن استأجر الحرز ، ففيه وجهان : وهذا ليس بصحيح .

والقبض فيما لا ينقل من العقار ، والثمار على رؤوس الأشجار التخلية[3] .

وحكى في الحاوي : أن وطأ المشتري قبل القبض ، قبض .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : (القبض)[4] في الجميع التخلية .

ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه[5] ، كالطير في

= يحوزها التجار إلى رحالهم» /أنظر نيل الأوطار للشوكاني ١٦٧/٥ .

(١) - (التخلية) : في أ ، حـ وفي ب يكون .

(٢) - (له) : في ب ، حـ وفي أ اله .

(٣) - لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه ، فحمل على العرف، والعرف فيما ينقل النقل ، وفيما لا ينقل التخلية .

(٤) (القبض) : مكرره في أ وغير مكرره في ب ، حـ.

(٥) - اتفق الفقهاء على أن من شروط المعقود عليه ، القدرة على التسليم ، فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه، واعتبرت الحنيفية أن القدرة على التسليم للعاقد شرط انعقاد العقد لأنه لا ينعقد إلا لفائدة، ولا يفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم، وغير المقدور على تسليمه كالمعدوم، وبيع المعدوم باطل، ولذا فلا يصح بيع نصف معين من نحو إناء وسيف مما لا ينتفع به لو كسر، لأنه لا يمكن تسليمه مفرداً إلا بإتلافه وإخراجه عن المالية، وكذلك الابق والمغصوب من غير غاصبه، وبيع الدين لغير المدين أنظر/ كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. =

الهواء[1] والسمك في الماء[2] والعبد الآبق[3] .

وحكى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : (أنه قال : لا يجوز)[4] بيع الآبق.

= ج ٢ ـ مطبعة الحضارة الشرقية ١٩٣٣جـ ٢ للسيد عبد الرحمن الجزيري : ٢١٤ ، ٢١٧ ، ٢٢٠ وبدائع الصنائع ١٤٧/٥ ، ومطالب أولي النهي ٢٥/٣ ، والمنتقى على الموطأ للباجي ٤٢/٥ ، والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢٨٢ ، وشرح النيل ١٣٧/٤ ، وبدائع الصنائع ١٣٧/٥ .

(١) ـ والطير في الهواء يكون في حالتين : الأولى : بيعه قبل أن يملك وهذا باطل بالاتفاق ، والثانية ، بعد استقرار الملكية عليه ثم يبيعه وهو طائر في السماء ، وهذه هي الحالة التي تكلم عنها الفقهاء/ أنظر نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية جـ ٤٣٨/١ .

(٢) ـ إذا كان السمك قبل أن يصاد فهو بيع باطل بالاتفاق ، لأنه بيع ما لم يملكه الإنسان ، أي أنه معدوم بالنسبة إليه ، أما إذا كان السمك بعد اصطياده ووضعه بالماء ، فهذا الذي مدار بحثنا عليه ، فقد كرهه كل من الحسن ، والنخعي ومالك وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأبو يوسف أنظر كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ٤٤٣/١ ـ ٤٤٧ ، واستدلوا : بحديث ابن مسعود (أن النبي ﷺ) قال : لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر / نيل الأوطار للشوكاني ١٥٦/٥ .

(٣) الآبق لغة: اسم فاعل من أبق كضرب، وسمع، ومنع، ومصدره أبق، ويحرك وإباق ككتاب وجمعه ككفار، الآبق اصطلاحاً: انطلاق الرقيق تمرداً. وهذا ما عرفه ابن الكمال، ويدخل في هذا التعريف الهارب من مؤجره ومستعيره، ومودعه، ووصيه/ حاشية ابن عابدين ٢٨٦/٤، ونهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر وهذا غرر، ولهذا قال ابن مسعود: (لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر) المهذب ٩: ٢٧٢.

(٤) (أنه قال: يجوز): في ب، حـ وفي أ أنه أجاز. =

(وحكى عن ابن)[1] سيرين أنه قال : إذا عرف موضعه ، جاز بيعه .

وحكى عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى : جواز بيع السمك في بركة عظيمة وإن احتيج إلى مؤونة كثيرة في أخذه ، وحكاه أبو العباس قولاً آخر[2] .

ولا يجوز بيع عين (مجهولة لعبد من عبيد)[3] ، وثوب من أثواب[4] .

= والمجوزون لبيع العبد الآبق: صهيب، وابن عمر، وابن سيرين، والشعبي، وعثمان البتي، وأبو بكر بن داود، والظاهرية، وأحد الأقوال عند الاباضية، فقد روي عن ابن عمر: (أنه اشترى من بعض ولده بعيراً شارداً، وقال ابن حزم عنه: ما نعلم له مخالفاً من الصحابة رضي الله عنهم، وهذا اسناد في غاية الصحة والثقة/ المغني لابن قدامة ١٥١/٤ والمحلى لابن حزم ٣٩١/٨.

(١) (وحكى عن ابن): في ب، حـ وفي أ عن ابن، وعن أيوب السختياني قال: أبق غلام لرجل فعلم مكانه رجل آخر فاشتراه، فخاصمه الى شريح بعد ذلك قال ابن سيرين: فسمعت شريحاً يقول له: أكنت أعلمته مكانه ثم اشتريته؟ فرد البيع، لأنه لم يكن أعلمه، لأن كتمانه مكانه وهو يعلمه غش وخديعة، والغش والخديعة يرد فيهما البيع.

(٢) لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً، أشبه ما يحتاج إلى مؤونة في كيلة ووزنه ونقله/ المغني لابن قدامة ١٥٢/٤.

(٣) (مجهولة، لعبد من عبيد): في ب، حـ وفي أ محموله لعبد من عبيد وهذا تصحيف من النساخ/ انظر المهذب ٢٧٥/٩.

(٤) لأن ذلك غرر من غير حاجة.

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجوز بيع عبد من ثلاثة أعبد ، وثوب من ثلاثة أثواب بشرط الخيار ، ولا يجوز فيما زاد .

ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها[1] . فإن ذكر الجنس والنوع[2] . فقد قال في الجديد . لا يصح البيع ، فعلى هذا . إذا وصف المبيع بصفات السلم صح .

(وذكره)[3] الشيخ (الإمام أبو إسحاق في الخلاف)[4] ، وذكر

---

(١) لحديث أبي هريرة : (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر) سبق تخريجه وفي بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير / المهذب للشيرازي ٢٧٧/٩ .

(٢) بأن قال : بعتك الثوب المروي الذي في كمي ، أو العبد الزنجي الذي في داري أو الفرس الأدهم الذي في اصطبلي ، ففيه قولان :

قال في القديم والصرف والصلح : يصح ويثبت له الخيار إذا رآه ، واستدل لهذا القول بما روى ابن أبي مليكه «إن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ، ناقله بأرض له بالكوفة فقال عثمان : بعتك مالم أره ، فقال طلحة . إنما النظر لي ، لأني ابتعت مغيباً وأنت قد رأيت ما ابتعت ، فتحاكما إلى جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان أن البيع جائز ، وإن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً ، ولأنه عقد على عين ، فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح .

وقال في الجديد : لا يصح لحديث أبي هريرة : «إن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر» وفي هذا البيع غرر ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم / أنظر السنن الكبرى للبيهقي ٣٣٨/٥ .

(٣) (وذكره) في ب ، حـ وفي أ ذكره .

(٤) (الإمام أبو إسحاق في الخلاف) : في ب ، حـ وفي أ الإمام إسحاق في الخلاف .

في الحاوي[1] قولين ، وذكر : (أن)[2] أصحهما : أنه لا يصح .

وقال في القديم : يصح بيع الغائب .

وهل يفتقر إلى ذكر الصفات ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أظهرها : أن لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات[3] .

والثاني : أنه يفتقر إلى ذكر معظمها .

والثالث: أن يفتقر إلى ذكر جميعها .

(فأما إذا)[4] قلنا : يصح إذا وصفه ، فوجد على ما وصفه ، فهل يثبت له الخيار ؟ فيه وجهان :

أظهرهما : أنه يثبت له الخيار[5] .

---

(١) (وذكر في الحاوي فيه) : في ب ، حـ وفي أ وذكر فيه .

(٢) (أن) : في أ ، ب وفي حـ ساقطة .

(٣) لأن الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار إذا رآه ، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات وذلك كالمسلم فيه ، فلا بد من ذكر جميع الصفات وإلا حصل خلاف بين المسلم والمسلم إليه .

(٤) (فأما) : في ب ، حـ وفي أ فإذا .

(٥) لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية ، فلا يجوز أن يخلو من الخيار ، والوجه الثاني : لا خيار له لأنه وجده على ما وصف ، فلم يكن له خيار كالمسلم فيه .

وإن وجده دون ما وصف ، فللمشتري الخيار بلا خلاف ، وإن وجده كما وصف فطريقان أحدهما : القطع بثبوت الخيار ، وبه قطع المصنف في التنبيه، وجماعة وهو المنصوص، وأشهرهما: أنه على وجهين: أصحهما بثبوته.

أما إذا قلنا : لا يشترط فللمشتري الخيار عند الرؤية ، سواء كان شرط الخيار أم لا ، هذا هو المذهب، وفيه وجه أنه لا يثبت إلا أن يكون شرطه ، والصحيح الأول / المهذب للشيرازي ٢٨٣/٩ .

ويثبت خيار الرؤية على الفور في قول أبي علي بن أبي هريرة[1] ، وفي قول أبي إسحق : (يتقدر)[2] بالمجلس .

وقال مالك واحد : يصح البيع إذا وصفه[3] .

---

(١) لأنه خيار تعلق بالرؤية ، فكان على الفور ، وخيار الرد بالعيب .

(٢) (يتقدر) : في أ ، حـ وفي ب بقدر والأول هو الصحيح أنظر المهذب ٢٧٨/٩ لأن العقد إنما يتم بالرؤية ، فيصير كأنه عقد عند الرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس .

(٣) قال ابن رشد الجد : وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه ، وذلك أن شراء الغائب على الصفة جائز ، وذلك للمبتاع لازم إن وجد الغائب على الصفة التي وصف بها ، لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف .

قال رسول اللهﷺ . «لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها» السنن الكبرى للبيهقي ٢٣/٦ .

فشبه رسول الله ﷺ المبالغة في الصفة بالنظر، وقال تعالى: ﴿ولما جاءهم كتاب من عند الله مصدق لما معهم وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا، فلما جاءهم ما عرفوا به فلعنة الله على الكافرين﴾ البقرة: آية (٨٩).

وجه الدليل : أن اليهود كانوا يجدون بعث النبي ﷺ في التوارة فكانوا يستنصرون به على كفار العرب ، فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به ، فلما قال الله تعالى :﴿فلما جاءهم ما عرفوا﴾ وهم لم يعرفوه قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة ، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف .

واستدل ابن رشد ثانياً : في حديث رسول الله ﷺ في حديث أبي هريرة الواقع في (الكتاب لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها) دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر إليها .

وكذلك : جواز أن يسلم الرجل إلى الرجل في ثوب أو عبده على صفة ولم يكن ذلك غرراً ، فإذا جاز هذا في السلم ، جاز في البيع على الصفة ، ولا يكون ذلك غرراً ، لأنه لا فرق بين السلم وبين البيع / المقدمات المهدات لابن رشد الجد ٢٢٥/٢ - ٢٢٦ .

ومن أصحابنا من قال : القولان فيه إذا شاهد البائع المبيع ولم يشاهده المشتري .

(فأما إذا)[1] لم يره البائع ، فإنه لا يصح البيع قولاً واحداً .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يصح بيع ما لم يره ويثبت فيه خيار الرؤية [2] ، واختلف أصحابه فيه إذا لم يذكر الجنس والنوع (بأن)[3] قال : بعتك ما في كمي.

وإذا لم يشاهد البائع المبيع ، يثبت له الخيار إذا رآه[4] .

---

(١) (فأما إذا) في ب، حـ، وفي أ فإذا لم.

(٢) الوارد عند الحنيفية : لا خيار لمن باع مالم يره ، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول : له الخيار لأن البيع يتم برضا المتعاقدين فإذا انتفى رضا أحدهما لعدم الرؤية ، فكذا رضا الآخر، إذ لا يثبت به الملك ، ولا يزول به إلا بالرضا ، وهو العلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولأنه خيار ثبت لأحد المتعاقدين ، فوجب أن يثبت للآخر اعتباراً بخيار الشرط ، وخيار العيب . ثم رجع عنه / تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٦/٢٥ .

(٣) (بأن): في ب ، حـ وفي أكأن .

(٤) اختلف الفقهاء في بيع العين الغائبة عن المتعاقدين التي لم توصف لهما ، فلا تصح عند مالك وعلى الراجح من قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يصح ويثبت للمشتري الخيار فيه إذا رآه ، أما الصاحبان ، فقد خالفاه فيما إذا لم يذكر الجنس والنوع ، كقوله بعتك ما في كمي ، أما أحمد ففيه روايتان ، أشهرهما أنه يصح ، وإذا لم يوصف ، ولم تتقدم رؤيته ، فالأظهر لا يصح بيعه ، وبهذا قال الشبعي ، والنخعي ، والحسن ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحاق ، وهو أحد قولي الشافعي ، ومن طريق الحكم وحماد . أن من اشترى عبداً قد رآه بالأمس ولم يره يوم اشتراه قالا جميعاً لا يجوز حتى يراه يوم اشتراه / رحمة الأمة في اختلاف =

وحكى (القاضي حسين)[1] رحمه الله : في ذلك وجهين .

وقال أبو حنيفة : لا خيار له في الرواية التي رجع (إليها)[2] .

وإن كان البائع قد شاهد المبيع ، والمشتري لم يشاهده، لم يثبت للبائع[3] الخيار .

= الأئمة ١/١٦٢ - ١٦٣ ، والميزان للشعراني ٢/٦٦ ، والمغني لابن قدامه ٣/٤٩٤ - ٤٩٥ ، والمحلى لابن حزم ٨/٣٣٨ والمجموع ٩/٣٣٠ .

(١) (القاضي حسين): في أ، جـ وفي ب الماسرجسي .

(٢) (إليها): في أ ، حـ وفي أ فيها .
وقال المرغيناني رحمه الله : (ومن باع ما لم يره فلا خيار له)، وكان أبو حنيفة يقول أولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب ، وخيار الشرط ، وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضى زوالاً وثبوتاً ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية ، فلم يكن البائع راضياً بالزوال ، ووجه القول المرجوع إليه . أنه معلق بالشراء لما روينا ، فلا يثبت دونه ، وروى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة : إنك قد غبنت ، فقال : لي الخيار ، لأني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان : إنك قد غبنت، فقال : لي الخيار ، لأني بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم / الهداية للمرغيناني ٣/٢٥ .

(٣) قال النووي رحمه الله : وأما البائع ففيه ثلاثة أوجه .
أصحها : لا خيار له ، سواء كان رأى المبيع أم لا ، لأن الخيار في جانبه تعبد .
والثاني :له الخيار في الحالين كالمشتري .
والثالث : له الخيار إن لم يكن رآه ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه / المجموع ٩/٣٢٢ .

وحكى الشيخ أبو حامد رحمه الله وجهاً آخر : أنه يثبت للبائع الخيار أيضاً .

ذكر القاضي حسين رحمه الله : في التوكيل في خيار الرؤية وجهين :

أصحهما : أنه لا يجوز(١) .

والثاني : يجوز(٢) .

فعلى هذا : (هل)(٣) يقوم (الوكيل)(٤) مقامه في الفسخ والإجازة ؟ فيه (وجهان)(٥) :

أحدهما : (أنه)(٦) يقوم مقامه في ذلك .

والثاني : لا يقوم (مقامه(٧) في ذلك) (وإنما)(٨) يحكي ما رآه ، وهذا التوكيل في (الرواية)(٩) لا معنى له .

---

(١) لأنه خيار شهوة ، ولا يتوقف على نقص ولا غرض ، فلا يجوز التوكيل فيه ، كمن أسلم على أكثر من أربع نسوة ، فإنه لا يصح توكيله في الاختيار .

(٢) يجوز كما يجوز التوكيل في خيار الخلف ، والرد بالعيب / المجموع ٣٢٢/٩ .

(٣) (هل): ساقطة من ب وموجودة في أ ، حـ .

(٤) (الوكيل): في ب ، حـ وفي أ التوكيل .

(٥) (وجهان): في أ ، ب وفي حـ وجهين .

(٦) (إنه) : ساقطة من حـ وموجوده في أ ، ب .

(٧) (مقامه في ذلك) في ب ، و حـ وفي أ مقامه .

(٨) (وإنما) : في أ ، حـ وفي ب إنما .

(٩) (الرواية) : في أ ، ب وفي حـ الروية .

(وذكر)[1] القفال : أنه إذا أدخل يده في الجوالق (وأخرج كفاً)[2] فرآه وقال : بعتك بكذا صح .

والقاضي حسين قال : لا يصح .

وأما التمر (المكنوز)[3] في القواصر[4].

فمن أصحابنا : من جعله على القولين .

ومنهم من قال : يصح قولاً واحداً إذا رأى ظاهره وهو الأظهر .

(إذا)[5] اشترى جوهرة (وهو)[6] لا يعرف الجوهر من الزجاج

---

(١) (وذكر) : في أ ، حـ وفي ب ذكر .

(٢) (وأخرج كفا) : في ب ، حـ وفي أ وأدخل كفاه .

(٣) (المكنوز) : في ب ، حـ وفي أ المكون .

(٤) (القواصر جمع قوصرة ، والقوصرة بالتثقيل والتخفيف وعاء التمر يتخذ من قصب المصباح المنير ٢/٧٧٨ .

وأما التمر فإن لم يلتزق بعض حباته ببعض ، فصبرته كصبرة الجوز ، واللوز ، فيصح بيعها ، وإن التزقت كقوصرة التمر فوجهان حكاهما المتولي وآخرون .

الصحيح : الاكتفاء برؤية أعلاها .

والثاني : لا يكفي ، بل يكون بيع غائب .

وذكر الماوردي : فيه طريقين من غير تفصيل اللازق وغيره .

أحدهما : على قول بيع الغائب .

وأصحهما : وهو قول جمهور الأصحاب ، يصح قولاً واحداً ، وهو الأظهر كما ذكر المصنف المجموع للنووي ٩/٣٢٦ .

(٥) (إذا) : في أ ، ب وفي حـ وإذا .

(٦) (وهو) : في ب ، حـ وفي أ و .

(وشاهده)[1] (فيه وجهان ؟)[2] : .

أحدهما : أنه لا يصح ، وهو اختيار الشيخ الإمام أبي إسحاق[3] .

والثاني : يصح وهذا اختيار الشيخ (أبي)[4] نصر رحمه الله[5] .

(إذا)[6] اشترى ما لم يره بشرط أن لا خيار له (إذا رآه)[7] ففي صحة البيع على قوله القديم وجهان حكاهما في الحاوي[8] .

(حكي)[9] في الحاوي : في بيع خيار الرؤيـة قبل الرؤية ، هل يوصف بالتمام ، أم لا ؟ وجهين :

أحدهما : أنه ليس (بتام)[10] حتى يبطل بالجنون ، والموت ، وهو قول أبي إسحاق المروزي[11].

---

(١) (وشاهده) : في أ ، ب وفي حـ وشاهدها .

(٢) (فيه وجهان) : في ب ، حـ وفي أ ففيه قولان .
والوجهان : حكاهما المتولي .

(٣) لأن مقصود الرؤية إنتقاء الغرر ، ولم يحصل .

(٤) (أبي) : في حـ وفي أ و ب أبو .

(٥) يصح لوجود العلم بعينه .

(٦) (إذا) : ففي أ ، ب وفي حـ وإذا .

(٧) (إذا رآه) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٨) أنظر الحاوي للماوردي ١١٩/٥ .

(٩) (حكى) : في أ ، ب وفي حـ وحكى .

(١٠) (بتـام) : في حـ وفي أ ، ب بتمام .

(١١) ليس تامـا ، لأن تمامه بالرضا به، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا ، فعلى هذا إن =

والثاني : وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة ، أنه تام ، فلا يبطل بهما[1] ، فإن فسخ قبل الرؤية

قال الشيخ أبو نصر رحمه الله : صح ، وإن أجاز قبل الرؤية لم يجز .

وحكى القاضي حسين رحمه الله : في الإجازة قبل الرؤية وجهين :

وحكى في الحاوي : في اعتبار رؤية شعر الجارية على قوله الجديد وجهين[2] .

فأما إذا كان قد رأى المبيع قبل العقد ، ثم غاب عنه ، فالبيع صحيح[3] ،

= مات أحدهما بطل العقد ولم يقم وارثه مقامه ، لأن العقد الذي ليس بلازم يبطل بالموت ، وكذا لو جن أحدهما ، أو حجر عليه بسفه ، بطل العقد ، ولك واحد منهما الفسخ قبل الرؤية المجموع ٢٢٨/٩ .

(١) إن العقد تام ، ولهما خيار المجلس ما لم يتفرقا ، فإن مات أحدهما ، لم يبطل العقد بل يقوم وارثه مقامه ، وإن جن أو حجر عليه ، قام وليه مقامه ، وليس لأحدهما الفسخ قبل الرؤية .

قال الماوردي : وثبوت الخيار عند الرؤية ، ينبني على هذا الخلاف .

فعند أبي إسحاق : إن خيار المجلس عند الرؤية ، ويدوم ما لم يفارق المجلس ، قال : وله أن يشترط في المجلس خيار الثلاث ، وتأجيل الثمن ، والزيادة فيه ، والنقصان منه .

وعند أبي علي : لا خيار له إلا بعيب ، وليس له شرط خيار الثلاث ، ولا تأجيل الثمن ولا الزيادة فيه ، ولا النقص منه المجموع ٢٢٨/٩ .

(٢) أصحهما : الاشتراط .

(٣) اختلف الفقهاء في هذه المسألة ، وهذه آراؤهم .

وقال أبو القاسم الأنماطي : لا يصح البيع حتى يشاهد المبيع حال العقد على قوله الجديد وليس بصحيح .

= الحنفية :

وذهبت الحنفية : إلى أن من رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة ينظر .

أولاً : إن وجده على الصفة التي رأى المبيع ، فلا خيار له ، لأن العلم بأوصاف المبيع حاصل بتلك الرؤية السابقة ، فلم يتناوله قول النبي ﷺ ، (من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه) سنن الدارقطني ٤/٣ وإذا انتفى العلم بأوصاف المبيع ، فإن الخيار يثبت له ، إلا إذا كان لا يعلم أن المبيع كما قد رآها فيما مضى ، كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبه لا يعلم أنها التي كان رآها ، ثم ظهر إياها، كان له الخيار لعدم الرضا ، أو رأى ثوباً فلف في ثوب وبيع ، فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك .

ثانياً : وإن وجد المبيع متغيراً عن الحالة التي كان رآه عليها فللمشتري الخيار ، لأن الرؤية السابقة لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره / الهداية وفتح القدير وحاشية البابرتي ١٤٩/٥ ـ ١٥٠ .

المالكية :

ذهبت المالكية إلى أن بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة جائز ، ولكن قيدوا هذا الجواز بشروط :

الأول : الرؤية التي لا يتغير المبيع بعدها غالباً ، أما مالك رحمه الله فلم يفرق في قوله ، وإنما قال . يجوز البيع برؤية متقدمة ، إلا أن هذا الرأي لم تعتبره المالكية ، لأن المبيع قد يتغير لطول المدة كما قاله ابن القاسم / الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤/٣ ، وحاشية مياره ٢٩٠/٢ ، والمنتقى للباجي ٢٢/٥ ـ ٢٣ .

والرؤية المتقدمة إنما ينظر إليها من ناحية المبيع ففي الثياب ، فإن الرؤية السابقة يبقى المبيع على حاله ، أما بالنسبة للحيوان ، فأنه يتغير بالنسبة للمدة ، وتقدر هذه المدة بالسنين ، فإن الحيوان يتغير من سنة إلى سنة ، بخلاف الثياب والعقار، فإنها تبقى على حالها، فإن كان يتغير بعدها قطعاً أو شكاً، لم يجز بيعه، استناداً للرؤية السابقة/ البهجة للتسولي ١٩/٢ .

الثاني : أن لا تكون العين الغائبة بعيده جداً ، فإذا كانت العين بعيدة ، =

....

= كخراسان من أفريقية ، لم يجز بيعه استناداً للرؤية السابقة / البهجة للتسولي ١٩/٢ ، وجواهر الاكليل ١٠/٢ والمنتقى ٢٤/٥ .

الثالث : عدم اشتراط النقد ، فإذا كانت العين الغائبة بيعت بشرط النقد ، لا يجوز وإن كانت قد تقدمت رؤية المشتري ، لأنه بيع مجهول الصفة عند المتاع حال العقد فلم يجز بيعه / المنتقى للباجي ٢٤/٥ .

الشافعية :

وذهبت الشافعية إلى أن بيع العين الغائبة مع تقدم الرؤية لا يخلو حال الرؤية من أحد أمرين .

الأول : إما أن تكون قريبة المدة ، وليس لها حد مقدر ، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه ، إن البيع جائز ، وقال أبو القاسم الأنماطي : البيع باطل حتى تكون الرؤية مقاربة للعقد، وهذا رأي شاذ، لأن الرؤيا إنما أريدت ليصير المبيع معلوماً ، ولا يكون مجهولاً ، وهذا المعنى موجود في الرواية المتقدمة بالعقد وليس كذلك الصفة .

قال أبو سعيد الاصطخري: قلت لمن يناظر من الأنماطي: ما يقول صاحبك في الدار إذا رآها المشتري وخرج إلى الباب واشتراها، فإن قال: لا يجوز، قلت: فإن رأى خاتماً وأخذه في كفه ثم اشتراه، قال: لا يجوز، قلت: فإن رأى أرضاً وخرج منها إلى جانبها ثم اشتراها قال: فوقف، لأنه لو قال: يجوز لناقض مذهبه، ولو قال: لا لما أمكن ابتياع الأرض، فهذا قول الأنماطي ومن تابعه على ذلك من الفقهاء، واستدل على ذلك بأن الرواية لما كانت شرطاً في بيوع الأعيان، وجب أن يقترن بالعقد كالصفة في بيع السلم، وهذا مذهب شاذ الاعتقاد، واضح الفساد/ الحاوي للماوردي ١٢١/٥ ـ ١٢٢.

الثاني : أما أن تكون الرؤية بعيده ، وحالها لا يخلو من أحد أمرين .

١ ـ أما أن يكون ذاكراً لأوصاف المبيع ، أو غير ذاكر لأوصاف المبيع بعد العهد ، وطول المدة ، فهذا في حكم من لم يره ، فإن ابتاعه على غير خيار الرؤية ، لم يجز ، وإن ابتاعه بخيار الرؤية كان على قولين ، الصحة وعدمها .

٢ ـ وإن كان ذاكراً لأوصاف المبيع ، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام : =

....

= أ ـ أن يكون مما لا يتغير في العادة ، كالحديد ، والنحاس ، فبيعه جائز .
ب ـ أن يكون مما يتغير ، فلا يبقى معه مع تطاول المدة ، كالفواكه الرطبة ، فإن كان قد مضى عليه من المدة مالا يبقى فيها ، كان بيعه باطلاً ، وإن كان قد مضى من المدة ما يعلم بقاؤه فيها فبيعه جائز ، وإن كان قد مضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ، ويجوز أن يتلف فبيعه باطل ، لأنه عقد على عين لا يعلم بقاؤها وفيه وجه آخر، أن بيعه جائز ، لأن الأصل بقاء العين مالم يعلم تلفها .
ج ـ أن يكون مما يجوز أن يتغير ، ويجوز أن لا يتغير كالحيوان ، ففيه قولان :
١ ـ يجوز بيعه بالرؤية المتقدمة ، وقد نص عليه في البيوع ،لأن الأصل سلامته وبقاؤه على حاله وبه قال أكثر أصحابنا .
٢ ـ إن بيعه لا يجوز وقد أشار إليه الشافعي في كتاب الغصب ، واختاره المزني ، لأنه متردد بين سلامة وعطب ، والقول الأول أصح / الحاوي للماوردي ١٢١/٥ ـ ١٢٢ ـ ١٢٣ وانظر المجموع للنووي ٣٢٤/٩ ـ ٣٢٥ ، والمهذب للشيرازي ٢٧١/١ ، وانظر . فيض الإله المالك شرع عمدة السالك وعدة الناسك ١٢٨/٥ .

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة إلى أن الرؤية السابقة على العقد بزمن لا تتغير العين فيه ، جاز في قول أكثر أهل العلم .

وهناك رواية أخرى عن أحمد : لا يجوز حتى يرياها حالة العقد ، وحكى ذلك عن الحكم ، وحماد ، وذلك لأن ما كان شرطاً في صحة العقد ، يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح .

والرأي الأول : هو المعتمد ومتى وجد المبيع بحالة لم يتغير ، لزم البيع ، وإذا عقد البيع بعد رؤية المبيع بزمن يتحقق فيها فساد المبيع ، لم يصح البيع ، لأنه مما لا يصح بيعه وكذلك إن لم يتغير ، لأنه مجهول ، وكذلك إن كان الظاهر كغيره / المغني لابن قدامة ١٩٧/٣ ، وانظر كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية جـ ٣٣٩/١ ـ ٣٧٢ وهو بحث شامل لبيع العين الغائبة فارجع إليه .

فإن كان (مما)[1] يجوز أن يتغير ، ويجوز أن لا يتغير ، ويجوز أن يبقى ويجوز أن لا يبقى ، ففيه وجهان :

أصحهما : أن بيعه صحيح .

(وأما)[2] بيع الأعمى وابتياعه ، إذا قلنا : أن بيع البصير صحيح ، (ففيه)[3] وجهان[4] .

---

(١) (مما) : في ب ، حـ وفي أ ما .

(٢) (وأما) : في أ ، حـ وفي ب فأما .

(٣) (ففيه) : في ب ، حـ وفي أ فيه .

(٤) بيع الأعمى وشراؤه ، اختلف الفقهاء في بيع الأعمى وشرائه على رأيين :

الرأي الأول : المانعون لبيعه ، وهو الرأي الراجح عند الشافعية ، إذ ترى أن بيع الأعمى باطل ، وهو المذهب ، وقال الزركشي : الاّ شراء من يعتق عليه ، لأن مقصوده العتق ، ومقتضاه الحاق البصير به في ذلك .

وقيل : إن لم نجوز الغائب وشراؤه ، لم يصح بيع الأعمى ولا شراؤه ، وإن جوزناه فوجهان :

١ ـ لا يجوز ، لأنه لا طريق له إلاّ رؤيته ، فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار له .

٢ ـ يجوز بيعه وشراؤه ، ويقام وصف غير مقام رؤيته ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وعلى هذا ثبت له خيار الرؤية عند وصف السلعة له ، ويكون الوصف له بعد العقد كرؤية البصير / مغنى المحتاج ٢١/٢ .

ويصح بيع ما رآه قبل عماه أن كان ذاكراً لأوصافه وهو مما لا يتغير غالباً ، وكذلك لو اشترى شيئاً ثم عمى قبل قبضه ، لم يبطل الشراء .

وأما بيع الصفة عند الشافعية وهو السلم ، فيصح من الأعمى بيعاً وشراء ، لأن السلم عقد على صفة ، يفتقر إلى الخبر دون النظر ، فاستوى فيه الأعمى والبصير لاستوائهما في المخبرات ، وإن اختلفا في بيوع الأعيان لاختلافهما في المشاهدات / أنظر نهاية المحتاج للرملي

قال أبو حنيفة : يصح ويثبت الخيار إذا لمسه[1] .

فأما إذا رأى بعض المبيع دون البعض (وكان)[2] مما يختلف ،

= ٤٢٢/٣ ، والواضح النبيه في شرح التنبيه ٧٦/٥ ، والمجموع ٣٢٢/٩ ، ومغني المحتاج ٢١/٢ ، وقليوبي وعميرة ١٦٧/٢ .

واستدل المانعون بما يأتي :

١ ـ نهى رسول الله ﷺ عن الغرر ، وعقد الضرير من أعظم الغرر .

٢ ـ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الملامسة ، وبيع الضرير أسوأ حالاً منه .

٣ ـ أنه بيع مجهول الصفة عند العاقد ، فوجب أن يكون باطلاً كما لو قال ، بعتك عبداً أو ثوباً .

٤ ـ أنه بيع عين ، فوجب أن يكون لفقد الرؤية تأثير فيه كالبصير فيما لم يره .

(١) ذهبت الحنفية إلى أن بيع الأعمى وشراءه جائزان : وله الخيار إذا اشترى ، لأنه اشترى ما لم يره ، ويسقط خياره بما يأتي :

١ ـ الحس ، إن كان المشتري مما يعرف بالحس فهو كالبصير في ذلك وإن كان المشتري مما تعرف صفته بالحس كالشاة كما تعرف بالرؤية ، فاللمس فيه كالرؤية من البصير ، حتى لو لمسه وقال : رضيت به يسقط خياره ،

٢ ـ الشم : إن كان المشتري يعرف بالشم كالطيب

٣ ـ الذوق : إن كان المشتري يعرف بالذوق كالعسل

٤ ـ الوصف ويكون فيما لا يمكن معرفته بالحواس ، كالعقار حتو يوصف ، وذلك بأن يوقف الأعمى في مكان لو كان بصيراً لرآه ، ثم يذكر له صفته ، إلا أن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به ، لأن ذكر الوصف يقام مقام الرؤية في بعض المواضيع كما في عقد السلم/المبسوط للسرخسي ٧٧/١٣ ، وفتح القدير ١٤٧/٥ والدرر الحكام وغنية ذو الأحكام في بغية درر الحكام ١٥٩/٢ ومجمع الأنهر ٣٨/٢ .

(٢) (وكان) : في ب ، حـ وفي أ كان .

ولا (يشق)[1] رؤيته كالثوب المطوي ، ففيه طريقان[2] :

من أصحابنا من قال : فيه قولان ، كما لو لم ير شيئاً منه .

ومنهم من قال : يبطل قولاً واحداً ، والأول أصح .

وما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة من الطعام إذا رأى (ظاهرها)[3]، صح[4] .

وحكي عن أبي سهل الصعلوكي : أن حكى قولاً آخر عن الشافعي رحمه الله ، أنه (يعتبر)[5] رؤيته (رؤية)[6] باطن الصبرة .

وفي بيع الباقلاء (في قشريه)[7] وجهان .

المنصوص : أنه لا يجوز .

---

(١) (ولا يشق) : في أ ، حـ وفي ب ولا تشق

(٢) الطريق الأول أنه على القولين في بيع الغائب ، والطريق الثاني : باطل قطعاً ، لأن ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار ، والجمع بين الخيار وعدمه في عين واحد ممتنع .

(٣) (ظاهرها) : في أ ، ب وفي حـ ظاهره

(٤) أي صح البيع بلا خلاف ، فالصبرة ، تكفي رؤية ظاهرها ، ولا خيار له إذا رأى بعد ذلك باطنها ، إلا إذا خالف ظاهرها/المجموع ٢٨٧/٩

(٥) (يعتبر) : في ب ، حـ وفي أ تصير ، وهو قول شاذ .

(٦) (يعتبر رؤية باطن) : في ب ، حـ وفي أ يعتبر رؤيه رؤية باطن

(٧) (قشريه) : في ب ، وفي أ قشره وفي حـ قشرته ، والصحيح الأول أنظر المهذب ٢٩٤/٩

(٨) والمستور في قشرتين عند الشافعية يتنوع إلى نوعين :
أ ـ نوع لا يبقى في رطبه بقشرتيه نفع ، ولا يؤكل معهما عرفاً كالفستق ،=

وقال أبو سعيد الاصطخري : يجوز ، وهو قول أبي حنيفة[1] .

= والبندق ، والجوز فلا يجوز بيعه في قشرتيه يابساً ولا رطباً ، ويجوز بيعه وعليه القشرة السفلي ، لأنه لا يصلح بغير العليا ، ولا يصلح بدون السفلى ،

ب ـ نوع يبقى في رطبه ، بقشرتيه نفع ، ويؤكل معهما عرفاً كالباقلاء ، واللوز الأخضر ، فإذا يبس ، لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه القشرة العليا ، ويجوز بيعه بالقشرة السفلى/الحاوي للماوردي ٢٩٤/٥ ، والواضح النبيه في شرح التنبية ٢٢٥/٥ والأم ٥١/٣ ،

وإن كان رطباً في قشرتيه ، فقد حصل الاختلاف بين السادة الشافعية ، مذهب البغداديون : إلى المنع من بيعه في قشرتيه رطباً كما يمنع من بيعه إذا كان يابساً وهو المنصوص في الأم ، ولأن الحب قد يكون صفاراً . وقد يكون كباراً ، وقد يكون في بيوته وقد لا يكون ، وقد يكون حب جيد وحب متغير/الحاوي للماوردي ٢٩٤/٥ ، والواضح النبية : ٢٢٥/٥ والمهذب للشيرازي ٢٧١/١

وذهب البصريون : إلى جواز بيعه في قشرتيه رطباً ، اعتباراً بكمال بيعه واستطابة أكله ، وأنه يباع في جميع البلدان من غير إنكار أحد ،

(١) وقال أبو حنيفة (كل قشر أو كمام كان ساتراً للثمرة جاز بيعها معه بكل حال ، سواء كان فيه مصلحة أو لا يعود ، لا على أنه من أصل الخلقة ، فجرى مجرى أجزاء الثمرة ، وعلل ذلك بأنه لما جاز بيعه في إحدى قشرتيه وليس مانعه من مشاهدته ، جاز بيعه في قشرتيه إذ ليس فيهما أكثر من المنع من مشاهدته ، لأن ما كانت رؤيته شرطاً ، لم يقع الفرق فيه بين ما يكون مستوراً بحائل ، أو بحائلين في بطلان العقد عليه كالعروض المبيعة ،

واستدل الماوردي على بطلان هذا البيع ، ومفنداً رأي أبي حنيفة : بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفي بيعه مستوراً بقشرة ليست من مصلحته/سبق تخريجه .

وكونه غرراً لأنه يمنع من معرفة جيده ورديئه ، ولأن ما يمنع من مشاهدته ، وليس من مصلحته ، فلا فرق فيه ، بين أن يكون من أصل خلقته ، أو من غير خلقته في بطلان البيع به ، =

....

= فمثله كمثل لحم الشاة المذبوحة في جلدها ، والحنطة في تبنها ، والفضة والذهب في تراب معدنها ، ومعلوم أن هذه الأمثلة كلها بيوع فاسدة ، لأنها مستورة بما يمنع من مشاهدتها ، وإن كانت من خلقة أصلها ، وجب أن يكون حكم القمار مثلها .

وأما الجواب بان القشر من أجزائه ، ففاسد بالجلد ، إذ هو من أجزاء اللحم ، ويمنع من جواز البيع لأن المعتبر برؤية الأجزاء المقصوده دون ما ليس بمقصوده .

وأما الجواب بأنه مستور بإحدى قشرتيه ، فجاز أن يكون مستوراً بالقشرة الأخرى وهو أن إحدى القشرتين من مصلحته ، وفي رؤيتها تنبيه على جودته ورداءته ، ولا يعني جواز سترة بحائل ، من ثوب ، فكذا بالقشرة العليا التي بهذا الحكم/الحاوي للماوردي ٢٩٥/٥ والواضح النبية ٢٢٦/٥ .

ويؤيد هذا الرأي بالمنع قول الإمام الشافعي رضي الله عنه : (وكل ثمرة وزرع دونها حائل من قشر أو كمام ، وكانت إذا صارت إلى مالكيها أخرجوها من قشرها وكمامها بلا فساد عليها إذا أدخروها ، فالذي أختار فيها أن لا يجوز في شجرها ، ولا موضوعه للحائل/الأم٣/ ٥٠

أما المجزون فقالوا : إن بيع الباقلاء في القشر الأسفل يجوز بلا خلاف ، سواء كان الباقلاء أخضراً أم يابساً ،

وأما بيعه في قشرتيه العليا والسفلى ، فإن كان يابساً ، لم يجز قياساً على منع الغائب ، صرح بهذا أمام الحر مين ، والبغوي ، والجمهور .

وإن كان رطباً ففيه وجهان :

١ ـ قول الأصطخري بالجواز : حكى الرافعي عن إمام الحرمين أن الأظهر الصحة في بيع الباقلاء في قشرته العليا في حال خضرته ، واستدلوا على ذلك ، أن الشافعي أمر بعض أصحابه أن يشتري له الباقلاء الأخضر في مرض موته .

٢ ـ لا يجوز وهو الأصح عند البغوي ، وآخرين وقطع به الشيرازي في التنبيه/الواضح النبية ٢٢٧/٥ ، والتنبيه : ٦٣ ، والمجموع شرح المهذب ٢٣٥/٩ ، والحاوي للماوردي ٢٩٤/٥ .

وفي بيع نافجة المسك وجهان :

ظاهر النص : أنه لا يجوز[1] .

ومن الناس من قال : بيع المسك لا يصح ، لأنه نجس[2] .

---

(١) فقال أبو العباس : يجوز بيعها ، لأن النافجة فيها صلاح للمسك ، لأن بقاءه فيها أكثر ، فجاز بيعه ، كالجوز في القشر الأسفل .

وظاهر النص : أنه لا يجوز بيع المسك في فأره ، لأنه مجهول لا يدرى كم وزنه من وزن جلوده ، والمسك من حيث عينه طاهر ، واستعماله حلال ، وبيعه جائز/أنظر كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية حـ ١ /٢٣٧ - ٢٤٣ .

(٢) ونقل صاحب الشامل وآخرون عن بعض الناس أنه نجس ، لا يجوز بيعه ولا يحل استعماله ، قال الماوردي : هو قول طائفة من الشيعة ، وعللوا لأنه دم جامد في جلد حيوان غير مأكول، إلا أن هذا القول مردود للأسباب التالية:

١ - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد استعمله وأهداه إلى النجاشي وقبله في هدية المقوقس العجلي .

٢ - قالت عائشة : رأيت وميض المسك في مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم قد استعمله وأهداه .

وهذا ينفي عن المسك حكم النجاسة والتحريم مع الإجماع الظاهر في الخاصة والعامة على استعماله وترك الفكر فيه .

وأما قولهم أنه دم جامد فليس كذلك ، فإنما كان دماً ، ثم استحال وصار مسكاً ، ولا يمنع بعد الاستحالة أن يصبح طاهراً كاللبن الذي أخبر الله عنه ، أنه خارج من بين فرث ودم وهما نجسان فلم يمنع من أن يكون طاهراً .

وقولهم : أنه من حيوان غير مأكول فلا يستقيم لهم أيضاً للأسباب التالية :

١ - إنه مأكول ، لأنه من غزال ، والغزال مأكول بالاتفاق ، قال المتنبي :

فإن تفق الأنام وأنت منهم   فإن المسك بعض دم الغزال

وفي بيع الطلع في قشره وجهان :

قال أبو إسحاق : لا تجوز[١] .

وقال أبو علي ابن أبي هريرة : يجوز[٢] .

وفي بيع الحنطة في سنبلها قولان :

أصحهما : أنه لا يجوز[٣] .

والثاني : وهو قوله القديم : أنه يجوز ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، وأحمد رحمهم الله[٤] .

= ٢ ـ عدم كونه غير مأكول لا يمنع من طهارة المسك المتولد عنه ، لأن العسل طاهر وإن خرج من النحل الذي لا يؤكل ، وقياسهم مغاير للسنة فلا يلتفت إليه الحاوي للماوردي/٦ :٢٧ .

(١) لأن المقصود مستور ربما لا يدخر فيه ، فلم يصح بيعه كالتمر في الجراب/المهذب للشيرازي ٩ : ٢٩٥ .

(٢) لأنه مستور بما يؤكل معه من القشرة ، فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار/المهذب للشيرازي ٩ : ٢٩٥ .

(٣) اختلفت أقوال الشافعي في بيع الحنطة في سنبلها والعدس ، والحمص والسمسم ، والحبة السوداء ، فما دامت في قشورها ، لا يجوز بيعها منفردة بلا خلاف ، وهو القول الجديد للإمام الشافعي ، رضي الله عنه ، ولأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه/المجموع ٩ : ٣٣٨ .

(٤) واستدل على ذلك بما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد ، والرأي الأصح عند الشافعية هو الجديد أخرجه أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجة ، وقال الترمذي حسن غريب لا يعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد/ أنظر مختصر سنن أبي داود ٥ : ٤٣ .

ولا يجوز بيع مجهول القدر (بـأن يقول)[1] بعتـك بعض هذه الصبرة ، فإن قال : بعتك هذه الصبرة ، صح ، علم البائع قدرها ، أو لم يعلم[2] .

وقال مالك: إن كان البائع يعلم قدرها، لم يجز بيعها حتى يبينه.

فإن قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة ، فقد نص الشافعي رحمه الله على أنه يصح[3] .

وقال القفال : إذا لم يعلما مبلغ (قفزان)[4] الصبرة لم يصح ، وخالف نص الشافعي رحمه الله .

---

(١) (بأن يقول): في أ ، حـ وفي ب ـ بأن قال

(٢) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر» وفي بيع البيض غرر، لأنه يقع على القليل والكثير، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم، ومن شروط البيع: العلم بمقدار المبيع.

أما إذا باع الصبرة م الحنطة ، أو الشعير ، أو الجوز أو غير ذلك جزافاً ولم يعلم واحد منهما قدرها كيلاً ولا وزناً ، ولكن شاهداها فالبيع صحيح بلا خلاف عندنا ، ويكفي رؤية ظاهرها ، لأن الظاهر أن أجزاءها متساوية ، ويشق تقليبها والنظر إلى جميع أجزائها .

(٣) فلها حالان : الأول : أن يعلما مبلغ صيعـانهـا، فيصح البيع بلا خلاف ، وينزل على الإشاعة ،

الثاني : إن كانا لا يعلمان أو أحدهما مبلغ صيعـانها فوجهان :

أحدهما : اختيار القفال : لا يصح البيع كما لو فرق صيعانها ، وقال : بعتك صاعاً منها فإنه لا يصح على المذهب ، وبه قطع الأصحاب

والوجه الثاني : يصح وهـذا المذهب المنصـوص ، لأن المبيع معلوم القدر ، فصار كالبيع بدرهم مطلقاً فإنه يصح وينزل على النقد الغالب ، ولا يشترط أن يبين صفة الدرهم ولا وزنه ، لكـونـه معروفاً وكذا الصاع .

(٤) (قفيزان) : في ب ، حـ وفي أ قفيزان ،

فإن قال : بعتك هذه الصبرة ، كل قفيز بدرهم ، صح ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد (١) .

وقال أبو حنيفة : يصح في قفيز منها (٢) .

(فإن قال (٣) بعتك عشرة أقفزة من هذه الصبرة ، وهي أكثر من ذلك ، صح .

وقال داود : لا يصح .

---

(١) وكذلك الزيدية فأنهم يقولون بجواز بيع صاع من صبرة وإن جهلت صيعـانهـا ، كل صاع بدرهم وذلك لأن المبيع مشاهد ، ولا يضـر الجهل بجملة الثمن ، لأنه معلوم بالتفصيل ، وينزل المبيع مع العلم بعدد صيعانها على الإشاعة ، أي إذا علما أن الصبرة عشرة أقفزة ، فالمبيع عشرها وإن تلف بعض الصبرة تلف بقدره من المبيع/قليوبي وعميره ٢/١٦١ ، والبجيرمي على المنهج ٢/١٨٣ ، ومغنى المحتاج ٢/١٧ والدسـوقي على الشرح الكبيـر ٣/١٧ ، والخرشي ٥/٢٥ ، وشرح الأزهار ٣/٢٧ ، والمنتهى ٣/٤٢ .

(٢) ذهب أبو حنيفة إلى أن بيع الصبرة المشار إليها كل قفيز بدرهم ، صح في قفيز واحد فقط ، وذلك لأن ما سماه وهو القفيز الواحد ، معلوم القدر والثمن ، فيجوز البيع فيه ، أما ما وراء القفيز المجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس/أنظر مجمع الأنهر ٢/١٠ ، والمنتقى شرح الملتقى ٢/١٠ ، وفتح القدير والهداية والعناية وسعدي جلبي ٥/٨٨ ، وأنظر بدائع الصنائع ٥/١٥٨ ، ١٥٩ والزيلعي ٤/ ٦٢٥ .

ويثبت الخيار للمشترى لعلمه بالكتم ويسمى خيار التكشف ، فإن رضي المشترى بالبيع لزم البائع حتى ولو فسخ البائع البيع بعد الكيل ، ورضي المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخ البائع/أنظر المنتقى شرح الملتقى ٢/١٠ .

(٣) (فإن قال . . . قفيز منها) : هذا الكلام مكتوب في حاشية نسخه حـ وموجودة في صلب أ ، ب

فإن قال : بعتك (من)[1] هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح[2] .

وحكي فيه وجه آخر : أنه يصح في قفيز منها)، كما لو قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم، إنه قد قيل فيه ، أنه يصح في شهر[3] .

فإن قال : بعتك من هذه الصبرة قفيزاً (فتلفت)[4] الصبرة إلا قفيزاً منها ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يتعين المبيع في القفيز الباقي[5] .

والثاني : أنه يصح (فيه)[6] بقسطه .

---

(١) (من) : في ب ، حـ وساقطة من أ

(٢) لأن (من) للتبعيض ، ولفظ كل للعدد ، فيصير كأنه قال : بعتك أقفزة من هذه الصبرة هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور/المجموع للنووي ٣٠٣/٩ - ٣٠٤ .

(٣) وهذا وجه ضعيف لابن سريج، حكاه عنه الروياني وآخرون ، وحكاه الدارمي ، ولم يصح البيع، لأنه لم يضف إلى جميع البصرة، بخلاف ما لو قال: بعتك هذه الصبره، كل قفير بدرهم قال: وكان ينبغي أن يفرق فيقال: إن قال بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم بطل على المذهب، ويصح قول ابن سريج في صاع واحد/ المجموع للنووي ٣٠٤/٩.

(٤)(فتلفت): في ب ، حـ وفي أ فتكون

(٥) والبائع بالخيار ، قال الروياني : فلو تلفت كلها إلا بعض صاع يسلمه إلى المشترى أن رضيه وسقط من الثمن بقدر ما فات من الصاع والله أعلم/المجموع ٣٠٢/٩

(٦) (منه) : في أ ، ب وفي حـ فيه .

فإن قال : بعتك هذه الأرض ، كل ذراع بدرهم ، (أو)[1] هذا القطيع ، كل شاة بدرهم ، صح البيع[2] .

وقال أبو حنيفة : لا يصح البيع في شيء من ذلك[3] .

وإن قال بعتك من هذه الأرض عشرة أذرع ، وهي مائة ذراع ، صح البيع في عشرها مشاعاً .

وقال أبو حنيفة : لا يصح[4] .

فإن قال : بعتك منها عشرة أذرع ، ابتداؤها من ها هنا ولم (يذكر المنتهى ، ففيه وجهان :

(أظهرهما)[5] : أنه لا يصح[6] .

---

(١) (أو) : في ب ، وفي أ ، حـ وهذا

(٢) صح البيع في الجميع ، ولا تضر جهالة الثمن ، لأن الثمن معلوم التفصيل ، والمبيع معلوم بالمشاهدة فانتفى الغرر ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب في طرقهم ، وحكى الدارمي والرافعي وجهاً لأبي الحسين بن القطان ، أنه لا يصح البيع في شيء من ذلك ، وهذا شاذ ضعيف/المجموع ٣٠٣/٩

(٣) أنظر فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٧٠/٦ .

(٤) لأن الذراع إسم لما يذرع به ، واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح/الهداية على فتح القدير ٢٧٥/٦ .

(٥) (أظهرهما) : في ب ، حـ وفي أ أظهرها

(٦) لأن أجزاء المبيع مختلفة ، وقد ينتهي إلى موضع يخالف موضع الابتداء ، والثاني : أنه يصح ، لأنه يشاهد السحت/المهذب للشيرازي ٣٠١/٩ .

فإن قال : بعتك عشرة أذرع من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا الموضع وكان مما ينقص بالقطع ، ففيه وجهان :

قال ابن القاص : لا يجوز [1].

فإن قال بعتك (هذه) [2] الأرض ، على أنها عشرة أذرع ، فخرجت (أكثر) [3] من ذلك ففيه وجهان ، وقيل : قولان :

أحدهما : أن البائع بالخيار بين الفسخ وبين الإجازة في جميع الأرض بالثمن .

والثاني :أن البيع يبطل .

فإن قال : بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة أقفزة ، فخرجت أحد عشر (أخذ) [4] العشرة بحصتها من الثمن ، وترك الزيادة ، وإن خرجت تسعة ، كان مخيراً بين أن يفسخ البيع ، وبين أن يأخذ ذلك بحصته من المسمى ، لا يختلف أصحابنا ها هنا فيه ، ومن أصحابنا من حكى في

---

(١) لأنه المبيع .

لأنه شرط إدخال نقص في عين المبيع ،

والوجه الثاني : يصح ، لأنه رضي بالضرر ، وهذا الوجه قول ابن سريج ، واختاره صاحب التقريب القاسم بن القفال الشاشي ، وقاسوه على بيع ذراع من الدار ، وعلى بيع أحد زوجي الخف ، فأنه يصح ، وإن نقصت قيمتها بتقدير التفريق والفرق أن ذلك النقص ليس في نفس الخف بخلاف مسألتنا/المجموع ٣٠٨/٩ .

(٢) (هذه) : في ب، حـ وفي أ هذا .

(٣) (أكثر) : في ب ، حـ وفي أ بأكثر

(٤) (أخذ) : في ب وفي حـ أخذا ، وساقطة من أ

صحة (البيع)[1] قولين : كالأرض ، وفرع (عليه)[2] فقال : إذا قلنا : يصح ، فلمن يكون القفيز الزائد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه للبائع ، فعلى هذا ، هل يكون (للمشتري)[3] الخيار ؟ فيه وجهان ؟

والثاني : أنه للمشتري ، فعلى هذا ، هل يكون للبائع الخيار ؟ فيه وجهان .

وقال فيه : إذا خرجت تسعة ، فيه قولان :

ـ فإن قلنا : يصح ، فاختار الإمساك (فبم يمسكه ؟)[4] فيه وجهان :

أحدهما : أنه يمسك بحصته

والثاني : بجميع الثمن بناء على تفريق (الصفقتين)[5] (وقال)[6] : وهكذا حكم الثوب ، والأرض.

والصحيح : ما ذكرناه .

---

(١) (البيع) : في ب ، حـ وفي أ ساقطة منها

(٢) (عليه) : في ب ، حـ وفي أ عليها ، والصحيح الأول لأن الضمير يعود على البيع .

(٣) (للمشتري) : في ب ، حـ وساقطة من أ

(٤) (فبم يمسكه) : في حـ وفي أ فبكم يسد ، وفي ب فلم يمسك ، والصحيح الأول

(٥) (الصفقتين) : في أ ، حـ وفي ب الصفقة

(٦) (وقال) : في أ ، حـ وفي ب قال

فإن باعه سمناً في ظرف مع الظرف ، كل (منا) [١] بدرهم وهما لا يعلمان وزن الظرف فالمذهب أنه لا يصح [٢] .

وحكي عن الداركي أنه قال : يصح .

(قال)[٣] الشيخ أبو نصر رحمه الله : (وهذا له عندي)[٤] وجه جيد (حكى)[٥] في الحاوي : أنه إذا باع جامداً في ظروفه ، كالدقيق ، والمطعام موازنة على شرط حط الظروف (فيه)[٦] وجهان :

أحدهما : يجوز[٧] .

والثاني : لا يجوز[٨] .

فإن باع عشرة أقفزة من صبرة ، وكالها له ، وقبضها ، فعاد

---

(١) :(منا) : في أ ، ب وفي حـ من ، والأول هو الصحيح ، لأن المنا على وزن العصا وهو رطلان بالبغدادي ، وفيه لغة ضعيفة (منّ) بتشديد النون ،

(٢) لأنهما لا يعلمان مقدار السمن والظرف ، ولأن ذلك غرر ، لأن الظرف قد يكون خفيفاً وقد يكون ثقيلاً/المهذب للشيرازي ٣٠٩/٩ .

(٣) (قال) : في ب ، حـ وفي أ وقال

(٤) (وهذا له عندي) : في ب ، حـ وفي أ (وهذا كذ عندي) والأول هو الصحيح

(٥) (حكى) : في أ ، ب وفي حـ وحكمي

(٦) (فيه) : في أ ، حـ وفي ب ففيه

(٧) وهو الصواب عند أصحاب الشافعية ، إذ لا مفسدة فيه ولا غرر ، ولا جهالة

(٨) لأن الجامد لا يحتاج إلى وزنه مع ظرفه ، لا مكان وزنه بدونه ، وإلى هذا ميل أبي إسحاق المروزي/المهذب ٣١١/٩ .

المشتري وادعى أنها تسعة وأنكر البائع ، فقد حكى الربيع : فيها قولين .

أحدهما : أن القول قول المشتري ، وحكى (ذلك)[1] عن أبي حنيفة .

والثاني : أن القول قول البائع . وهو قول مالك .

قال القاضي أبو الطيب رحمه الله ، وهو الصحيح.

(وفي)[2] بيع النحل في الكندوج[3] وجهان :

أحدهما : وهو اختيار الشيخ أبي حامد ، أنه لا يجوز[4].

فإن اجتمع (فرخه)[5] في موضع وشوهد ، جاز بيعه.

---

(١) (ذلك) : في ب ، حـ وفي أ ساقطة

(٢) (وفي) : في ب ، حـ وفي أ وهو

(٣) الكندوج ـ بكاف مضمومة ، ثم نون ساكنة ، ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم وهو الخلية ، وهو عجمي معرب ، والخلية عربية ، ويقال لهما : الكواره/أنظر كتابنا نظرية الغررج ٢٦٢/١

(٤) علل أبو حامد الإسفرايني : لأنه قد يكون في الكندوج ما لا يخرج ، والوجه الثاني : يجوز بيعه ، لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه ولأنه حيوان طاهر منتفع به ، ويخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس ، فأشبه بذلك طائر الحمام/المهذب للشيرازي ٢٣٢/١ ، والمجموع شرح المهذب ٣٥٣/٩ ، وغاية المنتهى ١٢/٣ ، وكشاف القناع ١٥٢/٣ .

(٥) (فرخه) : في حـ وفي أ ، ب مرحه ، وهذا تصحيف من النساخ .

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع النحل(1).

ولا يجوز بيع الحمل في البطن(2).

فإن باع حيواناً بشرط أنه حامل، ففي صحة البيع قولان:

---

(1) اختلف فقهاء الحنيفة في بيع النحل، فأبو يوسف وأبو حنيفة: لا يجوزان بيع النحل لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه، بل بما يخرج عنه، فلا يكون ما لا متقوماً، والشيء إنما يصير ما لا لكونه منتفعاً به/ أنظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر/٢/٥٧، وفتح القدير ٥/١٩٨، والدرر شرح الغرر ٢/١٧١ والزيلعي ٤/ ٤٩.

وفي الجامع الصغير: إن وجد المشتري بكوارة النحل عيباً بكم يردها؟ وهذا إشارة إلى أن النحل لا قيمة له، حتى لو باعه تبعاً لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز، ذكره الكرخي كالشرب والطريق/ أنظر فتح القدير ٥/١٩٨ وبدائع الصنائع ٥/١٤٤.

أما لو باعه مع الكوارة، صح تبعاً لها، ذكره القدوري في شرحه، إلا أن أبا الحسن الكرخي كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إنما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع وأتباعه، والنحل ليس من حقوق العسل.

قال أبو يوسف: التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح، فالعسل تابع للنحل، في الوجود والنحل تابع للعسل في المقصود بالبيع/فتح القدير ٥/١٩٨

أما محمد: فيجوز بيعه إذا كان النحل محرزاً، أي مجموعاً وبه يوافق رأي الأئمة الثلاثة/أنظر مجمع الأنهر ٢/٥٨، وبدائع الصنائع ٥/٤٤، وفتح القدير والعناية والهداية ٥/١٩٨.

(2) الحمْل: بسكون الميم، ما في البطن من الجنين، ولا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز بيع الحمل لورود النهي عن ذلك، فقد روى شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعما في ضروعها إلا بكيل أو وزن، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغائص» رواه ابن ماجه والترمذي منه (شراء المغانم) وقال غريب/

ـ فإن كان الحمل (لغير)[1] صاحب الجارية ، فباع الجارية من صاحب الحمل ، لم يصح على المذهب[2] .

وفيه وجه آخر (ضعيف)[3] : أنه يصح[4] .

ولا يجوز بيع اللبن في الضرع[5] .

لما روى ابن عمر رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المجر ، والمجر . بميم مفتوحة ثم جيم ساكنة ثم راء ، وهو بيع الجنين ، أو شراء ما في الأرحام ، ولأنه قد يكون حملاً وقد يكون ريحاً ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، ولأنه إن كان حملاً ، فهو مجهول القدر ، ومجهول الصفة ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز/ المهذب للشيرازي ٣٣٢/٩ ، ورواه مالك في الموطأ بهامش المنتقى ٤٢/٥ .

(١) (لغير) : في ب ، حـ وساقطة من أ

(٢) لأنه مجهول الصفة مجهول الوجود

(٣) (ضعيف) : في ب ، حـ وفي أ صغير وهذا تصحيف من النساخ

(٤) لأن الظاهر أنه موجود ، والجهل بـه لا يؤثر ، لأنه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كأساس الدار/ أنظر المهذب ٣١٣/٩ .

(٥) الضرع : لذات الظلف كالثدي للمرأة ، والجمع ضروع مثـل . فلس وفلوس (المصباح المنير)

والمانعون لبيع اللبن في الضرع : أبو حنيفـة ، والشافعي ، وأحمـد ، وابن عباس ، وأبو هريرة ، ومجاهد ، والشعبي ، وإسحـاق ، وأبو ثـور ، وابن المنذر وقالوا : أن بيع اللبن في الضرع لا يجوز ، فعساه أن يكون انتفاخاً ، فهو مجهول القدر ، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن ، فيظن أنه من اللبن ، ولأنه مجهول الصفة لأنه قد يكون اللبن صافياً ، وقد يكون كدراً ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، ولأنه ينازع في كيفية الحلب ، وربمـا يزداد اللبن بغيـره للاختلاط/أنظر الهداية مع فتح القدير ١٩٢/٥ ، وحاشية العناية للبابرتي ، وفتح القدير ، وكشف الحقائق ١٨/٢ .

وقال مالك: يجوز أياماً معلومة، إذا عرف قدر حلابها[1].

فقال الحسن البصري: يجوز في الزمان اليسير[2].

ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم، وبه قال أبو حنيفة[3]،

= والاختيار لتعليل المختار ١٩٦/١ والدرر ١٧٠/٢، ومجمع الأنهر ٥٥/٢، والمبسوط للسرخسي ١٩٤/١٢، والسراج الوهاج المنوضح لكل طالب محتاج ٥/أ، وبدائع الصنائع ١٣٨/٥ ـ ١٤٨، والحاوي للماوردي ٢٤/٦، والمغني لابن قدامة ١٥٧/٤ والمهذب للشيرازي ٢٧٣/٢، والوجيز للغزالي ٨١/١ والميزان للشعراني ٦٧/٢ والواضح النبية ٦١/٥.

(١) أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع، وإلا لم يجز ذلك، لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الأعوام، من جدب وخصب، واللبن تبع للمرعى وقوتها، وسمنها وهزالها، فيجب أن يعرف قدر ذلك/المنتقى للباجي ٢٩٤/٤؛ وتنوير الحوالك ١٢١/٢

(٢) أي يجوز شراء لبن الشاة شهراً، لأنه لما جاز بيعه مع الشاة، جاز بيعه مفرداً عنها/أنظر الحاوي للماوردي ٢٤/٦.

(٣) المانعون لهذا البيع: ذكر النووي أن مذهب الشافعية البطلان، وبه قال جمهور العلماء، نقله الروياني في البحر عن الجمهور.

وقال ابن المنذر بالبطلان أيضاً، وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور والشيعة الزيدية، والشيعة الإمامية/ أنظر المجموع ٣٦١/٩، والبحر الزخار ٣٢٢/٣ ومفتاح الكرامة ٢٨٥/٤، ٢٨٧.

وعلة المنع عندهم: الغرر لأنه لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم، لقول ابن عباس، فإنه قد يموت الحيوان قبل جز الصوف، فينجس شعره، والمبيع إنما وقع على كل الصوف.

فتسليمه كاملاً لا يكون إلا باستئصاله من أصله، ولا يتأتى ذلك إلا بإيلام الحيوان، وهذا لا يجوز/أنظر المهذب للشيرازي ٢٧٣/١، ونهاية المحتاج للرملي ٤٢١/٣، والواضح النبية ٢٥٥/٥ والحاوي للماوردي ٢٦/٦. =

وقال مالك ، والليث بن سعد : يجوز بشرط الجز[1] .

ويجوز بيع الدراهم والدنانير جزافاً [2] .

= أما الكاساني ، فقد ذكر أنه إذا كان الجز باختيار البائع ، فإنه يحوز قياساً ، لأنه يمكن تسليمه من غير ضرر ، إلا أنهم استحسنوا عدم الجواز للنص مستدلين بهذا الحديث/بدائع الصنائع ١٤٨/٥

عن ابن عباس رضي الله عنه قال : (نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع ثمر حتى يطعم ، أو صوف على ظهر أو لبن في ضرع ،أو سمن في لبن) أنظر نيل الأوطار للشوكاني ١٥٨/٥ .

وذكر البابرتي عدم الجواز لوجهين

١ ـ لأن الصوف من باب أوصاف الحيوان ، لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض له .

٢ ـ أن الصوف ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل/البابرتي وفتح القدير والهداية ١٩٢/٥ .

(١) المجوزون لبيع الصوف على ظهر البهيمة . سعيد بن جبير وربيعة ، ومالك والليث ابن سعد وأبو يوسف والظاهرية ، وأحمد بن حنبل في إحدى روايتيه .

فأبو يوسف : جوز ذلك ، لأن الصوف عين مال ظاهر ، متقوّم منتفع به مقدور التسليم كسائر الأموال، بخلاف أطراف الحيوان ، لأنه لا يمكن الانتفاع بالأطراف إلا بعد الذبح .

أما سعيد بن جبير وربيعة ، ومالك ، والليث بن سعد : فإنهم يجوزون بيعه بشرط أن يجز قريباً من وقت البيع ، كما يجوز بيع الرطب ، والقصل ، والبقل .

وذكر الباجي : أنه يجوز شراء الصوف على ظهر الغنم بشرط أن يقضي المشترى مدة يستطيع بها أن يجز الصوف وأن تكون المدة يزيد الصوف في مثلها/أنظر كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ح ٢٦٦/١ ـ ٢٦٩ .

(٢) من باع ذهباً بذهب جزافاً ، لم يصح عند الشافعية ، أما البيع بصبرة الدراهم =

(وقال أبو حنيفة : لا يجوز)[1] .

وقال مالك : لا يجوز ، وجوزه في النقره ، والحلي ، والتبر[2] .

فإن باعه شاة على أنها لبون ، جاز .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

وأما الزُّباد ، وهو لبن (سنور)[3] تكون في البحر يحلب لبناً

= جزافاً فيه قولان كما نقل عن الخراسانيين : الأول : يكره لما فيه من الغرر ، وبه قال الشيرازي وهو الأصح المهذب للشيرازاي ٢٧٣/١ .

(١) (وقال أبو حنيفة : لا يجوز) : ساقطة من أ ، ب وموجودة في حـ ، وعند أبي حنيفة ، إن علم المشترى والبائع التساوى بينهما قبل التفرق من المجلس ، صح البيع ، وإن علما بعد التفرق لم يصح البيع ، أما زفر من الحنفية ، فإنه قال : يصح سواء علماً قبل التفرق أو بعد التفرق/رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١٧٠/١ .

والذي يظهر عند الحنيفية : أن الثمن إذا كان جزافاً ، فإنه يصح إذا كان مشاهداً مشاراً إليه ، لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، أما إذا باع بجنسه مجازفة فلا يصح إذا كان من الربويات ، لما فيه من احتمال الربا ، فإذا انتفى التفاضل ، صح البيع ، ولذلك فإنه يصح لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان ، جاز ، لأن المانع إنما هو إحتمال الربا ، وهو باحتمال التفاضل وهو منتف ، فيما إذا وضع صرة فضة في كفة ميزان ، ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز/فتح القدير ٨٦/٥ ، والبحر الرائق ٢٩٤/٥ وكتابنا الغرر ج ٥٣٧/١ .

(٢) الجزاف بالدنانير والدراهم ، وكل ما كان مسكوكاً ، فلا يجوز بيع شيء منها جزافاً ،لأن شأن المسكوك أن يعتبر عده ، ولذلك كان محل منع بيع المسكوك جزافاً إذا كان التعامل به عدداً ، أو عدداً ووزناً ، لقصد أفراده ، حينئذٍ المؤدي للمخاطرة والمقامرة ، فإن انفرد التعامل بالوزن جاز ، أما الحلي المكسر والمسكوك المتعامل به وزناً فقط ، يجوز بيعه جزافاً/الفواكه الدواني ١٥١/٢ ورسالة أبي زيد القيرواني ١٥١/٢

(٣) (سنور) : في ب ، حـ وفي أ مستور وهذا تصحيف من النساخ

كالمسك ريحاً ، واللبن بياضاً يستعمله أهل البحر طيباً ، فقد ـ اختلف أصحابنا في طهارته على الوجه الذي يقول بنجاسة لبن ما لا يؤكل على وجهين :

أحدهما : أنه نجس اعتباراً (بجنسه)(١)

والثاني :أنه طاهر كالمسك ، ذكره في الحاوي(٢) .

وذكر القاضي حسين : أنه إذا حلب جزءاً من اللبن في الضرع ، ثم قال : بعتك كذا وكذا من الذي في الضرع بكذا ، فيه وجهان :

أحدهما : يجوز .

والثاني :لا يجوز .

إذا كان لرجل عبدان ، فباع أحدهما من واحد ، والآخر من آخر صفقة واحدة بثمن واحد ، ففي صحة البيع قولان في أصح الطريقين ، كالكتابة .

فإن قال بعتك هذا بمائة مثقال (ذهباً)(٣) وفضة لم يصح البيع .

وقال أبو حنيفة : يصح (ويجعله)(٤) نصفين .

---

(١) (بجنسه): في حـ وفي أ الحليب ، وفي ب بنجسه (لأن الحيوان المتولد منه نجس .

(٢) لأن حيوانات البحر كلها طاهرة ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البحر : هو الطهور ماؤه الحل ميتته/ أنظر الحاوي للماوردي ٢٧/٦ ، رواه الخمسة ، وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(٣) (ذهبا) : في ب ، حـ وفي أ ذهب

(٤) (ويجعله) : في أ ، ب وفي حـ ويجعل

ولا يجوز بيع المصحف[1]، والعبد المسلم من الكافر ، فإن باعه منه لم يصح البيع في أصح القولين ، وهو قول أحمد ، وإحدى الروايتين عن مالك .

وقال أبو حنيفة : يصح البيع ، ويؤمر بإزالة ملكه عنه ، وهو القول الثاني :

فعلى هذا إذا كاتبه المشتري ، هل يصح كتابته؟ فيه قولان :

---

(١) قال ابن المنذر في كتاب الاشراف: اختلفوا في شراء المصحف وبيعه، فروى عن ابن عمر: أنه شدد في بيعه وقال: وددت أن الأيدي تقطع في بيع المصاحف، قال: وروينا عن أبي موسى الأشعري كراهة ذلك، قال: وكره بيعها وشراءها علقمة وابن سيرين، والنخعي، وشريح، ومسروق وعبد الله بن يزيد، ورخص جماعة في شرائها وكرهوا بيعها، وروينا هذا عن ابن عباس وسعيد بن جبير، وإسحاق .

وقال أحمد : الشراء أهون ، وما أعلم في البيع رخصة قال : ورخصت طائفة في بيعه وشرائه ، منهم الحسن ، وعكرمة والحكم .

وروى البيهقي بإسناده عن ابن عباس ، ومروان بن الحكم ، أنهما سئلا عن بيع المصاحف للتجارة فقالا : لا نرى أن نجعله متجراً ، ولكن ما عملت بيديك فلا بأس به .

وقال مالك : أنه قال : لا بأس بيع المصحف وشرائه ،

وعن ابن عباس بإسناد ضعيف: أتشتري المصحف ولا تبعه.

وعن سعيد بن جبير بإسناد صحيح : اشتره ولا تبعه

وعن عمرانه قال : (كان يمر بأصحاب المصاحف فيقول : بئس التجارة)

وعن عبد الله بن شقيق التابعي بإسناد صحيح : المجمع على جلالة وتوثيقه قال : (وكان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون بيع المصاحف)

وهذه الكراهة على وجه التنزيه تعظيماً للمصحف عن أن يبذل بالبيع ، أو يجعل متجراً . وإن صح القول عن ابن عباس يدل على جواز بيعه مع الكراهة والله أعلم/ المجموع للنووي ٩/٢٤٠

أحدهما : لا يجوز.

فإن ابتاع الكافر أباه المسلم ففي (صحته)[1] طريقان :

أحدهما : أنه على القولين.

والثاني : أنه يجوز قولاً واحداً .

ويكره بيع العنب ممن (يعصر منه الخمر)[2] .

وحكي عن الحسن البصري أنه قال : لا بأس ببيع العنب ممن يتخذه سَكَراً .

وعن سفيان الثوري[3] أنه قال : بع الحلال ممن شئت .

---

(١) (صحته) : في أ ، ب وفي حـ صحة

(٢) (يعصر منه الخمر) : في أ ، حـ وفي ب يعصره خمراً ، فإن تحقق اتخاذه لذلك خمراً ففي تحريمه وجهان : حكاهما ابن الصباغ ، والمتولي ، والبغوي في شرح المختصر ، والروياني وغيرهم .
أحدهما: نقله الروياني والمتولي عن أكثر الأصحاب : يكره كراهة شديدة ، ولا يحرم وأصحهما : يحرم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد الغزالي في الاحياء وغيرهما من الأصحاب ، فلو باع صح على الوجهين ، وإن كان مرتكباً للكراهة أو التحريم .

قال الغزالي في الاحياء : وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمار ، قال : وكذا قال تصرف يفضي إلى معصيته/المجموع ٩ : ٣٤٦

قال الشافعي رحمه الله في المختصر : أكره بيع العنب ممن يعصر الخمر ولا أنقض هذا البيع ، وهذا نصه ، قال أصحابنا : يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر ، والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ .

(٣) سفيان الثوري: أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب رافع الثوري الكوفي قال سفيان بن عيينة ، ما رأيت رجلاً أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري ، قال المسعودي في مروج الذهب قال المهدي : أكتبوا عهده على قضاء =

ويحرم بيع السلاح من أهل الحرب[1] وحكي في الحاوي في صحة بيعه (وجهين)[2] .

وقد روي عن النبي ﷺ : أنه نهى عن ثمن (عسب)[3] الفحل ، وهو ماؤه ، وثمن مائه حرام ، وأجرة ضرابه حرام .

= الكوفة على أن لا يعترض عليه في حكم فكتب عهده ودفع إليه ، فأخذه وخرج ، فرمى به في دجلة وهرب ، فطلب في كل بلد فلم يوجده ، ولما امتنع من قضاء الكوفة ، تولاه شريك ابن عبد الله النخعي ، مولده في سنة ٩٥هـ وتوفي بالبصرة سنة ١٦١ متوارياً من السلطان ، ودفن عشاءً ولم يعقب/التاج المكلل ٥٠ ـ ٥١ ، وهكذا يجب أن يكون نظر العلماء إلى المناصب رحمه الله .

(١) مذهب الشافعية : أن بيع السلاح لمن عرف عصيانه بالسلاح مكروه ، قال أصحابنا يدخل قاطع الطريق والبغاة .

وأما بيع السلاح لأهل الحرب فحرام بالإجماع ، ولو باعهم إياه لم ينعقد البيع على المذهب الصحيح ، وبه قطع جماهير الأصحاب في الطريقين ، ونقله أمام الحرمين والغزالي عن الأصحاب .

واحتجوا للمذهب بأنهم يعدون السلاح لقتالنا ، فالتسليم إليهم معصية ، فيصير بائعاً عن ما يعجز عن تسليحه شرعاً/ المجموع ٩ : ٣٤٦ .

(٢) وجهين) : في أ ، حـ وفي ب وجهان

قال الماوردي ، والروياني : هذان مخرجان من قول الشافعي في صحة بيع العبد المسلم لكافر ، قال الروياني : فإن صححناه ، أمر بإزالة الملك فيه ، كما في شرائه العبد المسلم والله سبحانه وتعالى أعلم .

وأما بيع السلاح لأهل الذمة في دار الإسلام ففيه طريقان :

أحدهما : وبه قطع أمام الحرمين والجمهور صحته ، لأنهم في أيدينا فهو كبيعه لمسلم ،

والثاني : في صحته وجهان ، حكاهما المتولي والبغوي في كتابه التهذيب وشرح المختصر والروياني وغيرهم/المجموع للنووي ٣٤٦/٩ .

(٣) (عسب) : في ب وفي حـ عيب وفي أ حسب =

....

= معنى عسب الفحل : ماؤه فرساً كان أو بعيراً أو غيرهما ، وضرابه أيضاً/زهر الربى على المجتبى بهامش سنن النسائي ٢٧٣/٧ .

وفي الصحاح : العسب ، الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل ، وعسب الفحل أيضاً ضرابه ويقال : ماؤه .

وفي المصباح المنير ، عسب الفحل : الناقة عسباً من باب ضرب طرقها ، وعسبت الرجل عسباً أعطيته الكراء على الضراب، وضرب الفحل وعسب الفحل أيضاً ضرابه ويقال: ماؤه .

وفي المصباح المنير : عسب الفحل ، الناقة عسباً : من باب ضرب ، طرقها ، وعسب الرجل عسباً : أعطيته الكراء على الضراب ، وضرب الفحل الناقة ضراباً بالكسر ، نزاً .

وذكر الماوردي تفسيراً لعسب الفحل ، بأنه أجرة طرق الفحل ونزوه .

والصحيح عنده : أن عسب الفحل : هو ماؤه الذي يطرق به الإناث وينزو عليها/الحاوي الماوردي ١٦/٦ .

وفي الشرح الكبير للدردير : يستأجر على عقوق الأنثى حتى تحمل ، والعقوق ، أي حمل الأنثى ، والمسموع : أعقاق الشرح الكبير للدردير وجواهر الإكليل ٢٢/٢ .

والحديث : رواه أحمد والبخاري ، والنسائي ، وأبو داود/نيل الأوطار للشوكاني ١٥٥/٥ والنسائي ٢٧٣/٧ ، وسنن أبي داود ٧٦/٥ ، وهناك أحاديث في مثل هذا/راجع كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ١ : ٢٢١/٢٢٦

حكم بيع عسب الفحل

اختلف العلماء في بيع عسب الفحل على ثلاثة آراء ،

الأول : الجمهور : وهم أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، قالوا : إن العقد باطل ، سواء كان العقد وارداً على البيع أو الإجازة/المغني لابن قدامة ١٥٩/٤ ، وزاد المعاد ١٥٧/٤ ، ومعالم السنن للخطابي ٧٦/٥ .

الثاني : لابن عقيل من الحنابلة قال : ويحتمل عندي الجواز ، وعلل ذلك بأن العقد إنما ورد على منافع الفحل ، ونزوه على الأنثى ، وهي منفعة =

وحكي عن مالك وأبي ثور : أنهما جوزا أخذ العوض (على) (١) ضراب الفحل .

ولا يجوز أن يفرق بين (الوالدة) (٢) وولدها فيما دون سبع

= مقصودة ، وماء الفحل يدخل تبعاً ، والغالب حصو له عقيب نزوه ، وبذلك يكون العقد كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي ، أو كاستئجار الأرض ، وفيها بئر الماء ، فإن الماء يدخل تبعاً ، وقد يفتقر في الإتباع مالا يفتقر في المتبوعات/زاد المعاد ٢٥٧/٤ ، أو كإبار النخل ، وهذا البيع من باب المصلحة ، ولو منعنا منه لانقطع النسل/معالم السنن للخطابي بهامش سنن أبي داود ٧٧/٥ ، والنووي على صحيح مسلم ٢٢/١٠ .

الثالث : التفصيل وهو رأي الإمام مالك : قال بجواز ذلك إن قدر في العقد زمان ، كتقدير يوم ، أو أسبوع ، أو قدر مرات ، كثلاث ، أو سبع ، ومنع الجمع بين المرات والأيام جواهر الإكليل ٢٢/٢ ومعالم السنن للخطابي : ٧٧/٥ ، والمغني لابن قدامة ١٥٩/٤ والصحيح : أن بيع عسب الفحل وإن لم يحدد حرام ، فلا يصح مطلقاً ، وفساد العقد به على كل حال ، ويحرم على البائع أخذ أجرة ضرابه ، ولا سيما أن النبي صلى الله عليه وسلم ، نهى عما يعتادونه ، من استئجار الفحل للضراب ، ويسمى ذلك بيع عسبه ، فلا يجوز حمل كلامه على غير الواقع والمعتاد ، وإخلاء الواقع من البيان على أنه الذي قصد بالنهي ،

أما المعطى للأجرة ، أو الثمن ، فلا حرمة عليه ، لأنه بذل ما له في تحصيل مباح يحتاج إليه ولا يمنع من هذا ، فمثله ، كما في كسب الحجام ، علماً بأن الملاحظ أن المستأجر ليس له غرض صحيح في نزو الفحل على الأنثى الذي له دفعات معلومة ، وإنما غرضه نتيجة ذلك النزو وثمرته ، ولأجل هذه النتيجة بذل ماله/زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٢٥٧/٤

(١) (على) : في ب ، حـ وفي أ عن

(٢) (الوالدة) : في أ ، حـ وفي ب والدة والأول أصح/أنظر المهذب للشيرازي ٣٥٣/٩

سنين [١] ، وفيما بين ذلك إلى حد البلوغ قولان [٢] :

فإن فرق بينهما في البيع في الموضع الذي حرمناه ، بطل البيع[٣]

وقال أبو حنيفة : البيع صحيح .

---

(١) يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع ، والقسمة ، والهبة ، ونحوها بلا خلاف ، ولا يحرم التفريق بينهما في العتق بلا خلاف ، وتجوز الوصية على المذهب .

وقال المتولي والروياني :فيه قولان ، وطرداهما في الوصية بالحمل ، هل يصح أم لا ؟ والمذهب : الصحة والجواز في صورتي الحمل والولد ، وفي التفريق بينهما في الرد بالعيب وجهان .

وإذا فرق بين الجارية وولدها الصغير في البيع والهبة ونحوهما ، في صحة العقد طريقان :

أحدهما : القطع ببطلانه ، لأنه تفريق محرم ، فهو معجوز عن تسليمه شرعاً ، وبهذا الطريق قطع المصنف وجماهير العراقيين

والثاني : حكاهما الخراسانيون فيه قولان ، وبعضهم يقول وجهان

أصحهما وهو الجديد ، بطلان العقد ، وبه قال أبو يوسف

والقديم : صحته

(٢) الأول : لا يجوز ، لعموم الأخبار ، ولأنه غير بالغ ، فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه في البيع كما لو كان دون سبع سنين

والثاني : يجوز لأنه مستغن عن حضانتها ، جاز التفريق بينهما كالبالغ/ المهذب.

(٣) الأحاديث الواردة في مسألة التفريق .

١ ـ عن أبي أيوب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) رواه الترمذي/الفتح الكبير ٣/٢١٥

٢ ـ عن علي رضي الله عنه : « أنه فرق بين جارية وولدها فنهاه ، النبي صلى الله عليه وسلم ورد البيع»رواه أبو داود/مختصر سنن أبي داود ٤ : ٢٩ =

ويجوز التفريق بين الأخوين[1] .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

= ٣ ـ وعن حسين بن عبد الله بن ضمرة عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يفرق بين والدة وولدها » رواه البيهقي وأبو داود والدارقطني مختصر سنن أبي داود ٤ : ٣٠

٤ ـ وعن عبادة بن الصامت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن التفريق بين الأم وولدها حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية) رواه الدارقطني /سنن الدارقطني ٣/٦٨

(١) التفريق بين الأخوين قبل البلوغ لا يجوز ، لأنه يستأنس بالكبير ، واستدل على هذا الرأي بالحديث المروي عن علي رضي الله عنه قال : (وهب لي رسول الله غلامين فبعت أحدهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . يا علي ما فعل غلامك؟ فأخبرته فقال: رده رده) رواه الترمذي وقال حديث حسن وابن ماجه، انظر سنن ابن ماجه ٧٥٦/٢.

أما التفريق بعد البلوغ فإنه يجوز بين الأخوين وبين الأم وولدها ،

ويستدل لهذا بهذا الحديث المروي عن سلمة بن الأكوع قال : (غزونا فزارة وعلينا أبو بكر أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم علينا ، فما كان بيننا وبين الماء ساعة ، أمرنا أبو بكر فعرسنا ، ثم شن الغارة ، فورد الماء ، فقتل من قتل عليه ، وأنظر إلى عنق من الناس فيهم الذراري ، فخشيت أن يسبقوني إلى الخيل ، فرميت بسهم بينهم وبين الخيل ، فلما رأوا السهم وقفوا بسهم أسوقهم، وفيهم امرأة من بني فزارة معها بنت لها من أحسن العرب ، فسقتهم حتى أتيت بهم أبا بكر ، فنفلني ابنتها ، فقدمنا المدينة وما كشفت لها ثوباً ، فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال . يا سلمة هب لي المرأة ، فقلت : يا رسول الله أعجبتني وما كشفت لها ثوباً ، ثم لقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا سلمة هب لي المرأة فقلت . هي لك يا رسول=

فإن باع شاة واستثنى لبنها ، ففيه وجهان :

أحدهما لا يجوز ، كما لو باع شاة واستثنى حملها ، أو دجاجة واستثنى بيضها ، .

= الله فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل مكة ففدى بها ناساً من المسلمين كانوا أسروا بمكة/رواه مسلم/ ١١/٦٧ - ٦٨

وفي هذا الحديث دلالة للتفريق بين المرأة وولدها بعد البلوغ ، والله سبحانه وتعالى أعلم/المجموع ٩/٣٥٥ - ٣٥٦ .

(بـــاب)
ما يفسد البيع من (الشروط)[1] وما لا (يفسده)[2]

إذا باعه عبداً بشرط العتق ، لم يفسد البيع ، وبه قال مالك[3] .

وحكى القاضي أبو حامد : أن أبا ثور روى عن الشافعي رحمه الله أن العقد صحيح والشرط باطل .

---

(١) (الشروط) : في أ ، حـ وفي ب الشرط

(٢) (يفسده) : في أ وفي ب يفسد ، والعنوان بكـــاملة غير واضح في حـ

(٣) لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقهـا ، ونص الحـــديث: قـالت : جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فاعينيني فقلت : إن أحب أهلك أن أعدها لهم ، ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم ، فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس ، فقـــالت: أني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء ، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال : خذيهـا واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد ، ما بال رجال يشترطون =

ومن أصحابنا من قال : (هي) [1] على هذا ، أن يبطل العقد .

والمشهور عن أبي حنيفة : بطلان العقد ، غير أن المشتري يضمنه بالثمن على المشهور من مذهبه[2] .

وقال أبو يوسف ومحمد : يضمنه بالقيمة ، وهو رواية شاذة عن أبي حنيفة .

وقد روي أيضاً عن أبي حنيفة : جواز البيع .

فإن امتنع المشتري من إعتاقه ، أجبر عليه في أحد الوجهين ، وثبت للبائع ، الخيار في الثاني[3] .

فإن رضي البائع بإسقاط حقه من العتق ، لم يسقط في أحد الوجهين [4] ، فإن تلف العبد قبل العتق ، ففيه ثلاثة أوجه :

= شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق نيل الأوطار للشوكاني ١٩١/٥ .

(١) (هي) : في أ ، حـ وفي ب بجيء

(٢) لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، ولم يجر العرف به ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما ، ولكن باعتبار عتق العبد ، فإننا نراعي مصلحة العبد فنجيز العتق/فتح القدير ٢١٥/٥ .

(٣) الوجه الأول : يجبر على الاعتاق ، لأنه عتق مستحق عليه ، كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من أعتاقه ،

الوجه الثاني : بل يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع ، لأنه ملكه بالعوض ، وإنما شرط للبائع حقاً ، فإذا لم يف ، ثبت للبائع الخيار ، كما لو اشترى شيئاً بشرط أن يرهن بالثمن رهناً فامتنع عن الرهن ،/ المهذب للشيرازي ٢٥٧/٩ ،

(٤) لأنه عتق مستحق فلا يسقط بإسقاط الآدمي ، لأنه حق لله تعالى كالملتزم بالنذر ، =

أحدها : أنه لا شيء للبائع [1].

والثاني :(يثبت) [2] له الخيار في فسخ المبيع [3] .

والثالث : أنه يرجع بما نقص من الثمن بشرطه [4].

وإن باع عبداً بشرط الولاء له ، لم يصح العقد قولاً واحداً [5] .

وحكي عن أبي سعيد الاصطخري أنه قال : يصح البيع ويبطل الشرط[6].

فإن باعه عبداً بشرط أن يعتقه بعد شهر، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز[7].

(فإن اشتراه بشرط العتق ، ثم باعه من آخر بشرط العتق ، لم

= والوجه الثاني : أنه يسقط ، لأنه حق شرطه البائع لنفسه ، فسقط بإسقاطه كالرهن والضمين المهذب للشيرازي ٢٥٧/٩ .

(١) والوارد عند الشيرازي : أنه ليس للبائع لا الثمن ، لأنه لم يعقد أكثر من العتق المهذب للشيرازي ٢٥٧/٩ .

(٢) (يثبت) : في أ ، حـ وفي ب ثبت

(٣) أنه يفسخ العقد ، لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده ، والمشترى لم يلتزم أكثر من هذا الثمن ، فوجب أن يفسخ العقد/المهذب للشيرازي ٢٥٧/٩

(٤) بأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق ، فيقوم من غير شرط العتق ، ثم يقوم مع شرط العتق ويجب ما بينهما من الثمن/المهذب للشيرازي ٢٥٧/٩ .

(٥) لحديث بريرة السابق : إنما الولاء لمن أعتق

(٦) وهذا قول شاذ/المجموع ٣٦٠/٩ .

(٧) المروي عن النووي رحمه الله أن هذه المسألة لها طريقان لا وجهان كما ذكر القفال رحمه الله أصحهما : القطع ببطلان البيع ، والثاني : أنه على الخلاف في شرط الأعتاق/المجموع للنووي ٣٦٠/٩

يصح بيعه في أصح الوجهين، فإن اشترى جارية)[1] بشرط العتق فأحبلها فإنه يعتقها.

وقيل : إنَّ عتقها قد تعذر ، فتصير كالتالفة .

فإن باع داراً بشرط الوقف ، لم يصح البيع في أصح الوجهين .

وإن باع بشرط ينافي مقتضى (البيع)[2] (بأن)[3] باع عبداً بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه (أو)[4] داراً بشرط (أن يسكنها [5] البائع ، أو ثوباً بشرط أن يخيطه له ، بطل البيع ، وبه قال أبو حنيفة[6].

---

(١) (فإن اشترى بشرط العتق ، ثم باعه من آخر.... فإن اشترى جارية) : ساقطة من حـ ثم ذكرت على هامش جـ ، مما يدل على أنها مصححة مع نسخة أخرى .

(٢) (البيع) : في ب ، حـ وفي أ بياض وغير واضحة .

(٣) (بأن) : في ب ، حـ وفي أ وان

(أو) : في ب ، حـ وفي أ وداراً والأول هو الصحيح . أنظر المهذب ٣٦١/٩

(٥) (أن يسكنها) : في أ ،حـ وفي ب أن لا يسكنهاوهذاخطأ .

(٦) لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن بيع وشرط) وفي مجمع الزوائد في طريق عبد الله بن عمرو مقال/مجمع الزوائد ٨٥/٤ ، وقال ابن قدامة المقدسي : حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل ، وقدأنكره أحمد ، ولا نعرفه مروياً في مسنده ، فلا يعول عليه/الشرح الكبير على المقنع ٥٣/٤ ، والنووي يقول عنه . غريب/المجموع ٣٦٣/٩ .

وروى (أن عبد لله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك أن بعتها فهي لي بالمثن ، فاستغنى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال : لا تقربها وفيها شرط لأحد

وروى أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية واشترط خدمتها ، فقال له عمر =

= رضي الله عنه . لا تقربها وفيها مثنوية ، والأثران صحيحان ، روى الأول مالك في الموطأ ، ورواهما جميعاً البيهقي .

وهذا هو الشرط الخامس عند الشافعية : وهو أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باعه شيئاً بشرط ألا يبيعه ولا ينتفع به ، أو لا يعتقه ، أو لا يقبضه أو لا يؤجره ، أو لا يطأها أو لا يسافر به ، أو لا يسلمه إليه ، أو بشرط أن يبيعه غيره ، أو يشترى منه أو يقرضه ، أو يؤجره ، أو خسارة عليه أن باعه بأقل ، أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له ، أو ما أشبه ذلك ، فالبيع باطل في جميع هذه الصور وأشباهها لمنافاة مقتضاه ، ولا فرق عندنا بأن يشرط شرطاً واحداً أو شرطين/المجموع ٣٦٣/٩

هذا والشروط الأربعة هي .

١ ـ ما هو من مقتضى العقد ، بأن باعه بشرط خيار المجلس ، أو تسليم المبيع ، أو الرد بالعيب أو الرجوع بالعهدة ، أو انتفاع المشتري كيف شاء ، وشبه ذلك ، فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف ،

٢ ـ أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد ، لكن فيه مصلحة للعاقد ، كخيار الثلاث ، والأجل والرهن ، والضمين ، والشهادة ونحوها ، وكشرط كون العبد المبيع خياطاً ، أو كاتباً ونحوه ، فلا يبطل العقد أيضاً بلا خلاف ، بل يصح ويثبت المشروط .

٣ ـ أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعاً ، كشرط ألا يأكل إلا الهريسة أو لا يلبس إلا الخز، أو الكتان ، قال إمام الحرمين ، وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن ، وعين شهوداً وقلنا : لا يتعينون ، فهذا الشرط لا يفسد العقد ، بل يلغو ويصح البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع إمام الحرمين والغزالي ومن تابعهما ، وقال المتولي : لو شرط التزام ما ليس بلازم ، بأن باع بشرط أن يصلي النوافل ، أو يصوم غير رمضان ، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها بطل البيع لأنه ألزم ، ما ليس بلازم ، قال الرافعي : مقتضى هذا : فساد العقد في مسألة الهريسة ونحوها . =

وقال (ابن)[1] أبي ليلى : البيع جائز ، والشرط فاسد[2]، وبه قال النخعي والحسن البصري.

قال ابن شبرمة : البيع جائز والشرط جائز .

(وحكي)[3] عن إسحاق : أنه (إن)[4] كان شرطاً واحداً ، لم يفسد العقد ، وإن كان أكثر من شرط ، بطل .

وحكي عن مالك : أنه إذا شرط له من منافع (المبيع يسيراً)[5] ، كسكنى الدار ، صح.

وقال أحمد: إن شرط سكنى الدار، اليوم واليومين، لم يفسد العقد.

وحكي عن بعض أصحابنا : أن الشرط الفاسد ، إنما يؤثر في العقد إذا كان فيه غرض .

فأما لا غرض فيه (فلا)[6] يؤثر في العقد ، كقوله : بعتك على

= ٤ ـ أن يبيعه عبداً أو أمة ، بشرط أن يعتقه المشترى ، ففيه ثلاثة أقوال: البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به والثاني : يصح البيع ، ويبطل الشرط فلا يلزمه عتقه ، والثالث : يبطل الشرط والبيع جميعاً كغيره من الشروط ، والمذهب صحتهما ، المجموع ٣٥٨/٩ .

(١) (ابن) : في حـ وفي أ بن

(٢) (وبه قال النخعي . . . إلى فأما لـذاذاً جمع بين حـلالين في البيع ، فتلف أحدهما ساقطة من حـ وموجودة في أ ، ب .

(٣) (وحكى) :في ب ، حـ وفي أ حكى

(٤) (إن) : في ب ، حـ وفي أساقطة

(٥) (المبيع يسيراً) : في ب ، حـ وفي أ البيع كبيراً ، وهذا تصحيف .

(٦) (فلا) : في ب ، حـ وفي أ ولا.

أن (لا تدخل) [1] الدار ، أو تقف في الشمس ، أو تصلي النفل ، أو تأكل كذا .

ذكر أصحابنا في الوصايا : إذا أوصى بثلث ماله لزيد ، وجبريل ، صحت الوصية في نصف الثلث لزيد.

وإن (أوصى) [2] بثلثه لزيد ، والحمار (صح) [3] في جميع الثلث لزيد .

وفيه وجه آخر : أنها تصح في نصف الثلث أيضاً (فجعلنا) [4] الإضافة إلى ما لا غرض فيه كالإضافة إلى ما فيه غرض ، حتى أبطلنا النكاح ، (بمثل) [5] هذه الإضافة (وذكرنا) [6] ذلك في مسألة الشغار .

فإن قبض المبيع بيعاً فاسداً ، لم يملكه [7].

وقال أبو حنيفة : إذا قبضه بإذن البائع (بعوض) [8] له قيمة ، ملكه

---

(١) (لا تدخل): في أ، حـ وفي ب تدخل .

(٢) (أوصى) : في ب وفي أ ، حـ وصي

(٣) (صح) : ساقطة من أ وموجودة في ب ، حـ

(٤) (فجعلنا) : في ب وفي أ ، حـ فجعل

(٥) (بمثل : في ب وفي أ ، حـ مثل

(٦) (وذكرنا) : في ب وفي أ ، حـ ذكرنا .

(٧) لأنه قبض في عقد فاسد ، سواء علم فساد البيع أم لا ، ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا إعتاق ولا هبة ولا غيرها ، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب ، وكالمقبوض بالسوم ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن ، ولأنه يقدم به على الغرماء ،/المجموع ٣٦٤/٩ وراجع كتابنا نظرية الغرر جـ ١٧/١ ـ ٤٧ . ١٧١ ـ ١٧٣ فقد ذكرت الشروط مفصلة عند المذاهب كلها.

(٨) (بعوض) : في ب وفي أ ، حـ بعوض

بالقبض بقيمته وللبائع أن يرجع في العين مع الزيادة المتصلة والمنفصلة ، إلا أن يتصرف المشتري فيها تصرفاً (يمنع) [1] الرجوع ، فيأخذ قيمتها ، ويكره للمشتري التصرف فيها ، فإن وطئها ، ردها ورد معها مهر مثلها [2] .

---

(١) (يمنع) : في ب وفي أ ، حـ لمنع وهذا تصحيف ظاهر من النساخ

(٢) هذا إذا اشتراه بشرط فاسد، أو بخمر أو خنزير، قال: فإن اشتراه بميتة، أو دم، أو عذرة ، أو نحو ذلك مما ليس هو مالاً عند أحد من الناس ، لم يملكه أصلاً ، ولم يصح تصرفه ، فوافق الشافعية في الدم ونحوه وشبهه ، واحتج أبو حنيفة وأصحابه بقصة بريرة رضي الله تعالى عنها ، فإن عائشة رضي الله تعالى عنها شرطت لهم الولاء ، وهو شرط فاسد بالاتفاق ، ثم أعتقتها ونفذ عتقها ، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم كل ذلك ، وكذلك قاس هذه المسألة على النكاح الفاسد ، فإن الوطء في فاسده ، يترتب عليه أحكام الوطء في صحيحه ، وكذلك قاس على الكتابة فإن فاسدها كصحيحها في حصول العتق إذا وجدت الصفة ،

واحتج أصحاب الشافعي رحمه الله أن البيع الفاسد لا يملكه بالقبض بقوله تعالى : ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾ سورة البقرة آية ٢٧٥ . فلو كان المقبوض بعقد فاسد يملكه ، لما توعده ، وقياساً على ما إذا اشتراه بميتة أو دم ، ولأن كل قبض أوجب ضمان القيمة ، لم يحصل به شرط الخيار عند تمنع حصول الملك في الصحيح والفاسد ، وأجابت الشافعية عن قصة بريرة من أوجه :

أحدها : أن الشرط لم يكن في نفس العقد ،

والثاني : أن لهم . بمعنى عليهم ،

والثالث : هو اختيار الشيخ أبي حامد والمحققين ، أن هذا الشرط ، والعقد كانا خاصة في قصة عائشة لمصلحة قطع عادتهم، كما جعل صلى الله عليه وسلم فسخ الحج إلى العمرة خاصاً بالصحابة في حجة الوداع لمصلحة بيان جواز العمرة في أشهر الحج .

فإن قال : بعتكها ، ولم يذكر (عوضاً) [1] ، ملكها بالقبض ،
وإن قال : بعتكها بغير ثمن ، لم يملكها بالقبض .

فإن تلفت العين في يده ، ضمنها (بقيمتها) [2] (بأكثر) [3] ما كانت من حين القبض إلى حين التلف .

وقيل يضمنها[4] بقيمتها حين التلف .

= والجواب عن قياس الحنفية على النكاح: أن الشافعية لا تسلم ما ادعوه، وأن الاحكام في النكاح تتعلق بمجرد العقد، لا بالوطء، ولهذا يملك به الطلاق والظهار، والخلع بخلاف الفاسد وقد أجمع فقهاء الشافعية على أنه لا يملك الرضع بالوطء في النكاح الفاسد .

وأما ما تعلق به من وجوب المهر ، ولحوق النسب ، والعدة ، وسقوط الحد ، فلم يكن ذلك بسبب العقد ، بل لكونه وطء شبهة ، ولهذا تترتب هذه الأحكام على وطء الشبهة من غير عقد .

والجواب عن قياس الحنفية على الكتابة . أن العتق حصل بوجود الصفة لا بالعقد ، ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة ولم يعتق بالأداء لى الوارث/المجموع ٩/٣٧٣ .

(١) (عوضاً) : في ب ، وفي أ ، حـ عرضاً

(٢) (بقيمتها) : في ب وفي أ ، حـ بالقيمتها وهذا تصحيف من النساخ

(٣) (بأكثر) في ب وفي أ ، حـ أكثر . إن تلفت العين ، لزمه الضمان بلا خلاف ، لأنه لا يملكه بالقبض ، أما القيمة المعتبرة ، فثلاثة أوجه .

الأول : باتفاق الأصحاب. تجب القيمة أكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب لأنه مخاطب في كل لحظة من جهة الشرع برده . /أنظر المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٥

(٤) (يضمنها) : في ب ، حـ وساقطة من أ أي يوم التلف كالعارية ، لأنه مأذون في =

وإن زادت العين ، بأن سمنت ثم هزلت ، ضمن تلك الزيادة .
ومن أصحابنا من قال : لا يضمنها ، وليس بشيء .
فإن أتت بولد ، ضمن قيمته يوم الولادة(١) .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يضمن قيمته يوم المحاكمة ، فإن ماتت الأم ، ضمن قيمتها(٢) ، وإن ماتت المزنيُّ بها من الولادة من الزنا ، ففي وجوب ديتها على الزاني بها قولان (٣) .

فإن غرس في الأرض المبيعة بيعاً فاسداً ، أو بنى لم يكن للبائع قلع الغراس والبناء إلا بشرط ضمان النقصان، وله أن يبذل القيمة، ويتملكها عليه.
وقال أبو حنيفة: ليس له استرجاع الأرض، ويأخذ قيمتها .

وقال أبو يوسف ومحمد : ينقض البناء ، ويقلع الغراس ، ويرد الأرض على البائع (وهذا أشبه) (٤) بمذهبنا ، والقول الأول ، حكاه في الحاوي .

= إمساكه ،وفرق أصحاب الشافعية بينه وبين العارية بفرقين : أحدهما : أن العارية مأذون في إتلاف منافعها مجاناً بخلاف هذا ،
والثاني : أنه لورد العارية ناقصة بالاستعمال، لم يضمن ، بخلاف هذا والله سبحانه وتعالى أعلم المجموع ٩/٣٦٥ .

(١) لأنه صار حراً بظنه ، فأتلف رقة على ملك الأمة ، وتستقر عليه القيمة ، فلا يرجع بها على البائع بخلاف ما لو اشترى جارية ، فاستولدها ، فخرجت مستحقة ، فإنه يغرم قيمة الولد ، ويرجع بها على البائع لأنه غره.

(٢) (فإن ماتت الأمم ، ضمن قيمتها) في ب وساقطة من أ ، حـ .

(٣) أصحهما : لا ضمان ، لأن الولادة غير مضافة شرعاً لعدم النسب
والثاني : يجب لأنه مولد من فعله/المجموع ٩/٣٦٧. .

(٤) (وهذا أشبه) : في أ ، حـ وفي ب وهو الأشبه .

إذا باعه عبداً بيعاً فاسداً وتقابضا ، وأتلف البائع الثمن ، وجب على المشتري رد العبد ويكون أسوة الغرماء[1] .

وقال أبو حنيفة : للمشتري إمساك العبد ، ويكون أحق به من سائر الغرماء ، فيستوفي منه الثمن[2] .

فإن قال : بع عبدك من فلان بألف على أن عليّ خمسمائة ،
قال أبو العباس بن سريج : يحتمل وجهين :

---

(١) من اشترى عبداً شراء فاسداً ، لم يجز له قبضه ، فإن قبضه ، لم يملكه بالقبض ، ولا يصح تصرفه فيه ، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد ، ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن ، ولا يقوم به على الغرماء وإن تلف لزمه بدله ، وبه قال أكثر العلماء .

وهناك رأي ضعيف للاصطخري : أن له حبسه ، أو يقوم به على الغرماء ، وهو شاذ ضعيف ، ويلزمه أجرته للمدة التي كان في يده ، سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده ، لأنه مضمون عليه ، غير مأذون في الانتفاع به ، فضمن أجرته كالمغصوب ، وإن كان تعيب في يده لزمه أرش نقصه ، وإن تلف لزمه ضمانه بلا خلاف/المجموع ٩/٣٦٤ .

(٢) هذا الملك عند أبي حنيفة يكون ملكاً ضعيفاً وخبيثاً ، ويصح تصرفه ، ويلزم كل واحد منهما فسخه ، ورد العوض على صاحبه ، ومعلوم أن مذهب الحنفية ، أن المبيع بالعقد الفاسد ، لا يملك المبيع بالنقد ، ولا يجب الإقباض ، فإن أقبضه ، ملكه ضعيفاً ، ومعناه : أن للبائع انتزاعه عن المشتري ، لكن لو تصرف فيه المشتري قبل ذلك ببيع ، أو عتق ، أو غيرهما نفذ تصرفه ، فإن تلف عنده ضمنه بالقيمة ، إذا اشتراه بشرط فاسد ، واحتج بحديث بريرة رضي الله تعالى عنها فإن عائشة اشترطت لهم الولاء وهو شرط فاسد عند الفقهاء جميعاً ، ثم أعتقتها ، ونفذ إعتاقها وأقر النبي صلى الله عليه وسلم كل ذلك .

أصحهما : أن البيع باطل [1] .
والثاني :أنه يصح [2] .

---

(1) لأنه ينافي مقتضى البيع ، فإن مقتضاه أن الثمن على المشتري ، ولا يلزم غيره شيء المجموع للنووي ٩ : ٣٧٠ .

(2) ويجب على خلاف ألف ، على الآمر خمسمائة بالتزامه ، وقد يكون له غرض صحيح في ذلك ، فهو كما لو قال : ألق متاعك في البحر ، وعلي كذا عند إشراف السفينة على الغرق بسبب ذلك المتاع ، وكما لو خالع الأجنبي بمال في ذمته .

أما إذا قال : بع عبدك لزيد بألف في ذمتي ، فباعه كذلك ، فالبيع باطل قطعاً/المجموع ٩ : ٣٧٠ .

(بـاب تفريق الصفقة)[1]

إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه ، (وبين ما لا يجوز)[2] ، كـالحر والعبـد ، وعبده ، وعبـد غيـره ، والميتـة ، والمـذكـاة ، ففيـه قولان[3] :

---

(١) الصفقة : هي عقد البيع ، لأنه كان عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد

(٢) (وبين ما لا يجوز) : في أ ، حـ وفي ب ، وما لا يجوز

(٣) إذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان :

أحدهما : إن تجمعهما في عقدين مختلفي الحكم

والثاني : أن تجمعهما في عقد واحد ـ وله حالان :

أحدهما : يقع التفريق في الابتداء ، كمن جمع شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع ، كجمع أختين ، أو خمس نسوة في عقد نكاح ، فالعقد باطل في الجميع بلا خلاف ،

والثاني : يقع التفريق في الانتهاء

....

وإن جمع بين ما لا يمتنع جمعهما

ـ فإن كل واحد منهما قابلاً للعقد ، بأن جمع عينين له كعبد وثوب ، أو من جنس لكنهما مختلفا القيمة كعبدين ، وزع الثمن عليهما باعتبار القيمة ، وإن كانا من جنس متفقي القيمة ، كقفيزي حنطة واحدة ، وزع الثمن عليهما باعتبار الأجزاء ،

ـ وإن كان أحدهما قابلاً دون الآخر ، فالذي ليس قابلاً للبيع قسمان : أحدهما : أن لا يكون متقوماً ، وهو نوعان :

النوع الأول : يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير الخلقة ، كمن باع حراً وعبداً فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقاً ، وفي هذا النوع طريقان .

أصح الطريقين : أنه على قولين ، أصحهما ، الصحة

والطريق الثاني : القطع بالفساد ، لأن الحر ونحوه غير قابل للبيْع بحال

ولو باع عبده ، ومكاتبه أو أم ولده وقلنا : لا يصح بيعهما ، فهو كما لو باع عبده وعبد غيره ، فيكون على قولين ، لأن المكاتب وأم الولد متقومان بدليل وجوب قيمتهما على متلفهما .

النوع الثاني : أن لا يتأتي تقدير تقويمه من غير تقدير تغير الخلقه ، كمن باع خلاً وخمراً ، أو مذكاة وميتة ، أو شاة وخنزيراً ، ففي صحة البيع في الخل والمذكاة والشاة طريقان :

أصحهما : طرد الطريقين السابقين ، فيما إذا جمع حراً وعبداً

والثاني : القطع بالفساد ، لأنه لا بد في التقويم من التقدير بغيره ، فلا يكون المقوم هو المذكور في العقد ، والمذهب الصحة ،

والثاني : أن يكون متقوماً

كمن باع عبده وابد غيره صفقة واحدة ، فلا يصح البيع في عبد غيره ، وفي صحته في عبده قولان مشهوران :

أحدهما : يصح ، وهو أصحهما ،

والثاني : لا يصح ، وفي علته وجهان ، وقيل : قولان :

أصحهما : أي العلة الأولى : الجمع بين حلال وحرام ، فصار كمن باع درهماً بدرهمين ، أو جمع في عقد النكاح بين أختين ، أو خمس نسوة ، =

أحدهما : أن الصفقة تفرق ، فتصح فيما يجوز ، (وتبطل)[1] فيما لا يجوز .

والثاني : أنها تبطل فيهما ، وبه قال مالك .

فمن أصحابنا : من علله بأنه جمع في الصفقة بين حلال ، وحرام ، فعلى هذا يبطل النكاح ، والرهن ، والهبة ، إذا جمع فيها بين ما يجوز ، وبين ما لا يجوز ، ومنهم من علله بجهالة الثمن ، فلا يبطل النكاح ، والهبة ، والرهن فيما يجوز .

ولا يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء .

= والعلة الثانية : جهالة العرض القابل للحلال ، فيصير كما لو قال : بعتك هذا العبد بما يخصه من الألف إذا وزع عليه ، وعلى عبد فلان ، فأنه لا يصح قطعاً .

وإن قلنا : يصح فوجهه أنه يصح العقد عليه لو أفرده ، فلا يتغير حكمه بضم غير ماله كما لو باع شقصاً وسيفاً ، فأنه تثبت الشفعة في الشفص بلا خلاف ، كما لو أفرده ، ولأنه ليس له إلحاق ما يقبل البيع بالآخر- بأولى من عكسه ،

والجواب عن العلة الأولى : بأنها منكرة بمن باع شقصاً وسيفاً، ولأنه ليس أحد الدرهمين وإحدى الأختين ، أو الخمس بأولى من مشاركه ، فبطل في الجميع .

والجواب عن العلة الثانية : أن المسمى وقع في العقد معلوماً ، وسقط بعضه لمعنى في العقد ، فلم يفسد العقد ، كما إذا رجع بأرش العيب ، المجموع للنووي ٩/٣٧٧ـ ٣٧٨

(١) (وتبطل في أ ، حـ وفي ب وتتصل وهذا تصحيف من النساخ .

فإن قلنا يصح البيع في أحدهما، فاختار إمساكه (فبماذا)[1] يمسكه، فيه قولان:

أصحهما : أنه يمسكه بحصته من الثمن[2] .

والثاني : أنه يمسكه بجميع الثمن[3] .

ومن أصحابنا من قال : هذان القولان فيه إذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة (فأما إذا)[4] كان مما ينقسم عليه بالاجزاء ، فإنه يمسكه بحصته قولاً واحداً .

---

(١) (فبماذا): في ب وفي أ ، حـ فيما والأول هو الصحيح ، لأنه يستقيم المعنى

(٢) لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتها، فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلتها، فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما واختلف أصحابنا في موضع القولين:

فمنهم من قال : القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة ، فأما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء ، فإنه يمسكُ الباقي بقسطه من الثمن ، قولاً واحداً ، لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول، فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن في مقابلته ليصير معلوماً ، وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم ، فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته ،

ومنهم من قال : القولان في الجميع ، وهو الصحيح ، لأنه نص على القولين في بيع التمرة قبل أن تخرج الزكاة والثمار ، مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء/ المهذب ٣٧٦/٩ .

(٣) أو يرد ، لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له ، فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر ، ولم يكن للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه ،

(٤) (فأما إذا) في ب ، وفي أ ، حـ فلماذا والأول أصح

فإن قلنا : يمسكه بحصته من الثمن ، فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه وجهان[1] :

فإن باع معلوماً ، ومجهولاً بثمن ، وقلنا : يمسك الجائز بحصته من الثمن ، بطل فيهما.

وإن قلنا: يمسكه بجميع الثمن، صح في المعلوم بجميع الثمن[2].

وقال أبو حنيفة : إن كان الفساد في أحدهما ، ثبت (بنص أو إجماع)[3] ، كالحر والعبد ، فسد في الكل .

وإن كان بغير ذلك ، صح فيما يجوز بقسطه من الثمن ، كأمته وأم ولده[4] .

---

(١) الوجه الأول : أن له الخيار ، لأنه تبعضت عليه الصفقة ، فيثبت له الخيار ، كما يثبت للمشترى ،

والوجه الثاني : لا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة ، لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن المهذب للشيرازي ٩/٣٧٦ .

(٢) كقوله: بعتك هذا العبد، وعبداً آخر والجميع له، لم يصح في المجهول قطعاً، وأما المعلوم ، فيبنى على ما لو كانا معلومين ، وأحدهما ليس له ،

فإن قلنا : هناك ولا يصح فيما هو له ، لم يصح هنا في المعلوم

وإن قلنا : هناك يصح فهنا قولان : بناء على أنه كم يلزمه من الثمن ؟

إن قلنا : جميعه صح ولزم هنا أيضاً جميع الثمن :

وإن قلنا القسط ، وهو الأصح لم يصح هنا في المعلوم لتعذر التقسيط وحكي البغوي والرافعي وغيرهما : هنا قولاً شاذاً أنه يصح في المعلوم ، ويثبت للمشتري الخيار ، فإن أجاز لزمه جميع الثمن قطعاً ، والمذهب : فساد البيع في المعلوم/المهذب للشيرازي ٩/٣٧٦ .

(٣) (بنص أو اجماع) : في ب ، وفي أ ، جـ بنص واجماع بإسقاط أو

(٤) والمراد عند أبي حنيفة ، إن جمعت الصفقة مالاً وغيره كخل وخمر ، وعبد وحر ، وشاة وخنزير ومذكاة وميتة ، بطل العقد في الجميع ، وإن جمعت مالاً ، =

وقـال : فيمن باع (مـا يسمى عليه من الـذبيحة ومـا لـم يسم عليه)[1] أنه لا يصح في الكل ، وخالفه أبو يوسف ومحمد .

وقال : فيمن باع بخمسماية نقداً ، وخمس ماية إلى العطاء ، فسد العقد في الكل .

وعن أحمد رحمه الله : روايتان كالقولين :

فأما إذا جمع بين حلالين في البيع ، فتلف أحدهما قبل القبض ، لم يبطل العقد في الآخر في أصح الطريقين ، ويمسك الباقي بحصته من الثمن قولاً واحداً[2] .

فإن جمع بين بيع وإجارة ، أو بين بيع وصرف ، أو بين عبدين بشرط الخيار في أحدهما بعوض واحد ، ففيه قولان :

= وماله حكم المال ، كعبده وأم ولده ، بطل في أم الولد ، وصح في عبده ، لأن أم الولد في حكم المال ، فإنها لو تلفت ، وجبت قيمتها لسيدها وقد يحكم حاكم بصحة بيعها ،

وقال : وإن جمعت ماله ، ومال غيره ، صح البيع في ماله ، ووقف في مال غيره على إجازته أن أجاز نفذ ، وإن رد بطل العقد فيه ، بناء على قاعدته/ المجموع : ٣٨٦/٩ .

(١) (ما سمي عليه من الذبيحة وما لم يسم عليه) : في ب ، حـ وفي أ ما سمي عليه ولم يسم عليه من الذبيحة

(٢) يقول الشيرازي أستاذ الشاشي : وإن جمع بين حلالين ، تم تلف أحدهما قبل القبض ، بطل البيع فيه ، وهل يبطل في الباقي ؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه على القولين في تفريق الصفقة ، لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجـود في حال العقـد في إبطال العقـد ، فوجب أن يكـون كالموجود في حال العقد

والثاني : لا يبطل إلا فيما تلف ، لأن في الجمع بين الحلال ، والحرام ، =

أحدهما : أنه يبطل العقدان[1] .

والثاني : أنهما (يصحان)[2] ، (ويقسط)[3] العوض على قدر القيمتين[4] .

(وإن)[5] جمع بين بيع ، ونكاح بعوض واحد ، فالنكاح لا يبطل ، وإنما يفسد الصداق ، وفي البيع قولان[6] :

= إنما بطل للجهل بالعوض ، أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد ، ولا يوجد ههنا واحد منهما، فعلى هذا يصح العقد في الباقي ، وللمشتري الخيار في فسخ العقد، لأنه تفرقت عليه الصفقة، فإن أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً، لأن العوض ههنا قابل المبيعين، فانقسم عليهما، فلا يتغير بالهلاك/ المهذب للشيرازي ٣٧٧/٩ .

(١) لأن أحكام العقدين متضادة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فبطل الجميع ، وصورة البيع والإجارة : بعتك عبدي وأجرتك داري سنة بألف .

(٢) (يصحان) : أ ، ب وفي حـ يصححهما

(٣) (ويقسط : في ب ، حـ وفي أ ويسقط والأول هو الصحيح

(٤) لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم العقدين ، وهذا لا يمنع صحة العقد ، كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة ، وبين ما لا شفعة فيه/ المهذب للشيرازي ٣٨٦/٩ .

(٥) (وان) : في ب ، حـ وفي أ فان

(٦) إذا جمع بيعاً ونكاحاً وقال : زوجتك جاريتي هذه ، وبعتك عبدي هذا بمائة ، وهو ممن تحل له الأمة، أو قال: زوجتك بنتي وبعتك عبدها، وهي في حجرة، أو رشيدة وكلته في بيعه، صح النكاح بلا خلاف،

وفي البيع والصداق قولان : أصحهما : الصحة ، فإن صححناهما ، وزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل ، وإلا وجب في النكاح مهر المثل ،

ـ وإذا قلنا: بالتوزيع ، فهو إذا كانت حصة النكاح في صورة تزويج ابنته مهر المثل فأكثر ، فإن كانت أقل وجب مهر المثل بلا خلاف ، فهذه صورة =

وإن جمع بين كتابة العبد ، وبيع شيء منه بعوض واحد منجم ، بطل البيع ، وفي الكتابة قولان [1] .

فإن اشترى زرعاً ، وشرط على البائع حصاده بثمن .

وقال أبو إسحاق : فيه قولان ، لأنه (بيع وإجارة جمع) [2] بينهما [3] .

وقال سائر أصحابنا : يبطل البيع قولاً واحداً .

= الجمع بين البيع والنكاح وهي : أن يكون العوضان لشخص كما ذكرنا ، فلو كانا لإثنين بأن قال : بعتك عبدي وزوجتك بنتي بألف ، فقد قطع الشيخ أبو حامد ، ببطلان البيع ، ولعل فرعه على الصحيح وإلا فتحقيقه أن يبني على أنهما لو كانا لشخص ،

فإن قلنا : لا يصح البيع ، فها هنا أولى ، وإلا ففيه القولان فيما لو كان لرجلين عبدان ، لكل واحد عبد ، فباعهما بثمن أحد ، والأصح البطلان/المجموع للنووي ٩/٣٨٧ .

(١) أصحهما : الصحة ، وهذا الذي ذكروه من القطع ببطلان البيع تفريع على المذهب المشهور ، إن البيع يفسد بالشرط الفاسد ،

الثانية : القول الشاذ .

(٢) (بيع واجارة جمع) : في ب، حـ وفي أ بيع أجاره يجمع ، والأول هو الصحيح .

(٣) المذهب : بطلان المبيع ، وبه قطع جمهور المصنفين ، ونقله الماوردي ، وغيره عن جمهور أصحابنا المتقدمين ، وقال أبو علي بن أبي هريرة : فيه القولان فيمن جمع في عقد بين ، بيع وأجاره ،

وقيل : شرط الحصاد باطل ،

وفي البيع قولاً تفريق الصفقة ، وسواء قال : بعتكه بألف على أن تحصده ،

وقال الشيخ أبو حامد : لا يصح الأول قطعاً ، وفي الثاني الطريقان٪ المجموع/٩/٣٦٨

(بـاب الربـا)[1]

الأعيـان المنصوص على تحـريم الـربـا فيهـا ستـة ، الـذهب ،

---

(١) (باب الربا) : غير واضحة في حـ.

تعريف الربا لغة. الربا مقصور، وهو من ربا يربو فيكتب بالألف، وتثنيته ربوان، واختار الكوفيون كتبه وتثنيته بـالياء بسبب الكسـرة في أوله، وغلطهم البصريون،

وقال الثعلبي . كتبوه في المصحف بالواو

وقال الفراء : إنما كتوبه بالواو ، لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة ، ولغتهم الربوا ، فعلموهم صورة الخط على لغتهم ، قال . وكذلك قرأها أبو سماك العدوي بالواو ، وقرأ حمزة والكسائي بالإمالة بسبب كسرة الراء ، وقرأ الباقون بالتفخيم لفتحة الباء ، قال : وأنت بالخيار في كتبه ، بالألف والواو ، والياء والرماء بالميم والمدـ والربية بالضم والتخفيف لغة في الربـا ، وأصله الزيادة ، وأربى الرجل وأرمى : عامل بالربا ،

والربا : محرم في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ﴾ ، =

والفضة ، والبر ، والشعير ، والتمر ، والملح[1] .

فأما الذهب ، والفضة ، فيحرم الربا فيهما بعلة واحدة لازمة وهي : أنهما من جنس الأثمان[2] .

= ومن السنة : روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (اجتنبوا السبع الموبقات ، قيل : يا رسول الله ما هي ؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا ، وأكل مال اليتم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات) سنن أبي دواد/٢/١٠٤ .

وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال : (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه ، وهذا حديث صحيح ، رواه أبو داود والترمذي ، وابن ماجة ، قال الترمذي ٥٠٣/٣ . هو حديث حسن صحيح مختصر سنن أبي داود ٩/٥

(١) والدليل عليه ، ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والتمر بالتمر ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين ، فمن زاد أو استزاد فد أربى/رواه مسلم ١٣/١١

(٢) وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية/ أنظر نيل الأوطار للشوكاني ٥: ٢٠١.

وهذه عند الشافعي علة قاصرة عليهما لا تتعداهما، إذ لا توجد في غيرهما، أي يحرم الربا في الذهب والفضة، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات.

والدليل عليه: أنه لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما، لم يجز إسلامهما فيما سواهما من الأموال، لا كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز إسلام إحدهما في الأخر، كالذهب والفضة والحنطة والشعير، فلما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزونات، والمكيلات وغيرهما من الأموال دل على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما، وهو أنه من جنس الأثمان/ المهذب للشيرازي ٣٩١/٩.

وقال أبو حنيفة : العلة فيهما موزون جنس ، فيحرم الربا في سائر الموزونات[1] .

وأما الأعيان الأربعة ، ففي علتها قولان :

---

(١) قال في الهداية : العلة . الكيل مع الجنس ، أو الوزن مع الجنس ، ويقال . القدر مع الجنس وهو أشمل ،

قال الكمال بن الهمام : وقد يقال : بدل الكيل والوزن . القدر وهو أشمل وأخصر ، لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الذرع والعد ، وليسا من أموال الربا ، وقال أصحابنا : العلة . القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم إلى كل مكيل ، أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص ، والنورة ونحوهما ، لوجود الكيل ، وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن .

والدليل عندهم : حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة ، وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم أنهما حدثاه: أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري، فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر حبيب فقال له رسول الله ﷺ. أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: (لا تفعلوا، ولكن مثلاً بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا قيمته من هذا، وكذلك الميزان) رواه البخاري ومسلم أنظر مسلم ١١/٢٠ - ٢١ أي الموزون / أنظر حاشية الشيخ أحمد شبلي على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٨٥/٦.

وقال داود بن علي ومن تابعه من أصحاب الظواهر لا يجري الربا إلا في هذه الأشياء الستة المذكورة في الخبر ، وكذا عثمان البتي ، فإن عندهم : حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة ، أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس ، وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر هنا ، ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق .

واحتجوا بعموم قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وبقوله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ سورة البقرة (٢٨٤)

وبأن أصل الاستثناء الإباحة/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية أحمد شبلي عليه ٨٥/٦

قال في الجديد : العلة فيها أنها مطعومة [1] .

فعلى هذا : هل يحرم الربا في الماء ؟ فيه وجهان :

أصحهما : أنه يحرم[2] .

وفي الأدهان (الطبية)[3] وجهان :

---

(١) الجديد والدليل عليه : ما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الطعام بالطعام مثلاً بمثل)

والطعام : إسم لكل ما يتطعم ، والدليل على هذا قوله تعالى : ﴿وطعام الذين أوتو الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم﴾ وأراد به الذبائح/سورة المائدة (٦) .

وقالت عائشة رضي الله عنها : « مكثنا مع نبينا صلى الله عليه وسلم سنة مالنا طعام إلا الأسودان ، الماء والتمر ولذلك فالعلة : الطعم ، فيحرم الربا في كل مطعوم ، وسواء كان مما يكال أو يوزن أو غيرهما ، ولا يحرم في غير المطعوم ، فيجري الربا في السفرجل والبطيخ والرمان ، والبقول وغيرها من المطعوم .

والمذهب القديم . لايحرم إلا في مطعوم يكال ، أو يوزن ، فعلى هذا : لا ربا في السفرجل ، والرمان والبيض ، والجوز ، والبقول ، والخضروات وغيرها مما لا يكال ولا يوزن ، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ، وهذا القول ضعيف جداً ، والتفريع : إنما هو على الجديد ،

ولذا فقد قال الشافعي والأصحاب : المراد بالمطعوم ، ما يعد للطعم غالباً تقوتاً وتأدما أو تفكها أو تداوياً أو غيرها ، فيدخل فيه الحبوب والإدام ، والحلاوات ، والفواكه ، والبقول ، والتوابل ، والأدوية وغيرها ، فيحرم الربا في جميع ذلك ، وسواء ما أكل غالباً أو نادراً ، وسواء ما أكل وحده أو مع غيره/ المجموع ٣٩٧/٩ .

(٢) لأنه مطعوم فهو كغيره ، والوجه الثاني . لا يحرم فيه الربا ، لأنه مباح في الأصل ، غير متمول في العادة ، فلا يجر فيه الربا/المهذب للشيرازي ٣٩٥/٩ .

(٣) (الطبية) : في حـ وفي أ المطيبة ، وفي ب المطيب والأول هو الصحيح ، لأن الأدهان أربعة :

=

أصحهما : أنه يحرم فيها الربا .

وفي البزر ودهن السمك وجهان .

وفي الزعفران وجهان .

وفي بزر البصل والفجل وجهان .

وقال في القديم : العلة فيها أنها مطعومة ، مكيلة ، أو موزونة (١) .

وحكي عن أبي بكر الأودني (٢) أنه قال : العلة في الأشياء الأربعة الجنسية ، والطعم محل .

= أحدها : ما يعد للأكل ، كالزبد ، والسمن ، والزيت ، والشيرج ، ودهن الجوز واللوز ، والبطم ودهن الفجل ، والخردل ، والصنوبر، وأشباهها، فيحرم فيه الربا أيضاً ، لأنه يؤكل للتداوي

والثاني :وهي الأدهان التي يتداوى فيها ، فيحرم فيها الربا ،

والثالث : ما يراد للطيب ، كدهن البنفسج ، والورد ، والياسمين ، والزئبق ، والبان ، وسائر الأدهان المطيبة فيها وجهان مشهوران .

أحدهما : لا ربا فيها ، لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل ،

والثاني : أنه يحرم فيها الربا ، وهو الصحيح ، لأنه مأكول ، وإنما لا يؤكل ، لأنه ينتفع به فيما هو أكثر من الأكل ،

والرابع : ما يراد للاستصباح ، كدهن السمك ، وبزر الكتان ، ودهنه ، وفيه وجهان مشهوران في الطريقين . أحدهما : لا ربا فيه ، لأنه يعد للاستصباح ، والثاني . أنه يحرم الربا فيه لأنه مأكول فأشبه الشيرج/المهذب للشيرازي ٣٩٦/٩

(١) والدليل عليه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الطعام بالطعام مثلاً بمثل) والمماثلة لا تكون إلا بالكيل أو الوزن ، فدل على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو يوزن ، فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الأطعمة ، كالرمان والسفرجل ، والقثاء والبطيخ وما أشبهها/المهذب للشيرازي ٢٩٦/٩

(٢) أبو بكر الأودني : من علماء ما وراء النهر من الشافعية بسمرقند ، لم يذكر =

وقال أهل الظاهر : الربا غير معلل ، وهو مختص بالمنصوص عليه .

وقال أبو حنيفة : العلة فيها أنها مكيلة في جنس .

وقال مالك : العلة (فيها)[1] القوت ، وما يصلح (للقوت)[2] في جنس[3] .

وعند أحمد : روايتان .

أحدهما : مثل قولنا .

والثانية : مثل قول أبي حنيفة .

وقال ربيعة : كلما (تجب)[4] فيه الزكاة ، يحرم فيه الربا[5] .

الشيرازي رحمه الله تاريخ موته فقال عنه وعن غيره . لم يحضرني تاريخ موتهم/طبقات الفقهاء للشيرازي ١٣٢ ـ ١٣٣

(١) (فيها) : في ب و حـ وساقطة من أ .

(٢) (للقوت) : في ب وفي أ ، حـ القوت .

(٣) كونه مقتاتاً مدخر، فحرم الربا في كل ما كان قوتاً مدخراً، ونفاه عما ليس بقوت كالفواكه، وعما هو قوت لا يدخر كاللحم .

واحتج لربيعة بأن تحريم الربا في هذه الأجناس إنما كان حثاً على المواساة بالتماثل وأموال المواساة هي أموال الزكاة. قال أصحابنا هذا فاسد منابذ للأحاديث ، والآثار السابقة في جواز التفاضل في الحيوان. وفاسد أيضاً بالملح، فإنه ربوي بالنص. وعلى مقتضى مذهبه لا ربا فيه، لأنه ليس ربوياً/ المجموع للنووي ٩/٤٠٣.

(٤) (تجب) : في ب وفي أ ، حـ يجب

(٥) أن العلة كونه جنساً ، تجب فيه الزكاة ، فحرم الربا في جنس تجب فيه الزكاة من المواشي والزروع وغيرها ، ونفاه عما لا زكاة فيه .

(و)[1] يجوز بيع البعير[2] ببعيرين (صغيرين)[3] .

وقال ابن سيرين : العلة الجنس بانفراده[4] .

---

(١) (و) : في أ ، ب وفي حـ فلا .

(٢) (بعير) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٣) (صغيرين) : في أ فقط وساقطه من ب ، حـ .

يجوز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلاً كبعير ببعيرين ، وشاة بشاتين حالاً ومؤجلاً ، سواء كان يصلح للحمل والركوب ، والأكل والنتاج ، أم للأكل خاصة ، هذا مذهب الشافعية ، وبه قال جماهير العلماء .

وقال مالك : لا يجوز بيع بعير ببعيرين ، ولا ببعير ، إذا كانا جميعاً أو أحدهما لا يصلح إلا للذبح ، لأنه لا يقصد به إلا اللحم ، فهو كبيع لحم بلحم جزافا ، ولحم بحيوان ، دليلنا : الأحاديث الواردة في بيع بعير ببعيرين وأبعرة وهي : لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال . أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشاً فنفدت الإبل ، فأمرني أن آخذ على قلاص الصدقه ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقه ، رواه أبو داود وسكت عليه . مختصر سنن أبي داود ٥ :٢٨ ورواه البيهقي بإسناده الصحيح : عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً ، قال عبد الله : وليس عندنا ظهر ، قال : فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يبتاع ظهراً إلى خروج التصدق ، فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى خروج التصدق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٧/٥ وعن عليّ كرم الله وجهه : أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً : السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٨/٥ ، وباع ابن عباس رضي الله عنه بعيراً بأربعة أبعرة

واشترى ابن عمر رضي الله عنه راحلة بأربع رواحل ، ورواحله بالربذة ، واشترى رافع بن خديج رضي الله عنه بعيراً ببعيرين فأعطاه أحدهما ، وقال : آتيك بالآخر غداً ، المهذب للشيرازي ٩ : ٤٠٠

(٤) وكذلك أبو بكر الأودني من أصحاب الشافعية . أن العلة الجنسية ، تحرم الربافي كل شيء بيع بجنسه كالتراب بالتراب متفاضلاً ، والثوب بالثوبين ، والشاة بالشاتين .

وقال سعيد بن جبير : كل شيئين تقاربا في الانتفاع بهما (لم)[١] يجز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، كالزبيب والتمر ، والشعير والبر[٢] .

وحكي عن جماعة من الصحابة ، منهم ابن عباس رضي الله عنهم (أنهم قالوا)[٣] : إنما الربا في (النسيئة)[٤] فلا يحرم التفاضل .

ولا يجوز بيع المصوغ بالمظروب متفاضلاً .

وحكي عن مالك أنه قال : يجوز أن يبيعه بقيمته من جنسه ، وأنكر أصحابه ذلك .

ولا يجوز التفرق قبل التقابض في بيع المطعومات بعضها ببعض ، وبه قال مالك[٥] .

---

(١) (لم) : في ب ، حـ وفي أ فلم

(٢) فحرم التفاضل في الحنطة بالشعير، ولا العلة تقارب المنفعة في الجنس ، فحرم التفاضل في منافعها ، وكذلك الباقلاء بالحمص ، والدخن بالذرة ،
واحتج لابن جبير ، بأن المنفعة كالقدر ، قال الأصحاب . هذا مردود بالمنصوص على جواز التفاضل في الحنطة بالشعير لقوله صلى الله عليه وسلم .
(فإذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم) صحيح مسلم ١٤/١١ ،

(٣) (انهم قالوا) : في ب ، حـ وفي أ أنه قال

(٤) (النسيئة) : في حـ وفي أ ، ب النسبة وهذا تصحيف والنساء . بالمد التأجيل

(٥) ويسمى ذلك ، ربا اليد ، ويستوي في ذلك الجنس الواحد ، والجنسان ، أمّا في الذهب والورق فذلك مما لا خلاف فيه/ المجموع للسبكي ٦٠/١٠ لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم. إذا كان يداً بيد) رواه مسلم/صحيح مسلم ١٤/١١ .

قال الشافعي رحمه الله والأصحاب : إذا باع مالاً ربوياً فله ثلاثة أحوال . =

وقال أبو حنيفة : يجوز ، ويختص تحريم ذلك عنده بالذهب والفضة[1] .

وما عدا الذهب والفضة (والمأكول)[2] والمشروب ، لا يحرم فيه شيء من جهات الربا وهي بالنساء ، والتفاضل ، والتفرق قبل التقابض .

وقال أبو حنيفة : الجنس بانفراده ، يحرم النسا[3] .

= أحدها : أن يبيعه بغير جنسه ، لكنهما مما يحرم فيها الربا بعلة واحدة ، كالذهب والفضة والحنطة ، والشعير والتمر بالملح ، والزيت بالعسل ، فيجوز فيهما التفاضل والنساء ، والتفرق قبل التقابض ، ودليل الجميع في الكتاب.

والثاني : أن يبيعه بجنسه ، فيحرم فيه ثلاثة أشياء ، التفاضل ، والنساء ، والتفرق قبل التقابض وحيث شرطنا التقابض فمعناه التقابض قبل التفرق الذي ينقطع به خيار المجلس ، قال الشافعي في كتاب الصرف من الأم والأصحاب . لا بأس أن يطول مقامهما في مجلسهما ، ولا بأس أيضاً بطوله متماشيين ، وإن طال مشيهما وتباعدا عن مجلس العقد ، ثم تقابضا قبل افتراقهما ، فيصح البيع لعدم افتراقهما .

ولو باعه ديناراً في موضع فيه نقد غالب ، ولم يكن العوضات حاضرين ، ثم أرسلا من أحضرهما ، أو ذهبا مجتمعين إليهما وتقابضا قبل التفرق ، صح البيع وسلما من الربا/المجموع للنووي ٩/٤٠٥ .

(١) لحديث عبادة بن الصامت السابق ، ولقول عمر رضي الله عنه ، الذهب بالذهب مثل بمثل ، والورق بالورق مثل بمثل إلى أن قال : وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنتظره ، ولأنه لا بد من قبض أحدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين ، ولا بد من قبض الآخر لعدم الأولوية تحقيقاً للمساواة بينهما ، لأن النقد خير من النسيئة/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٦/١٣٥ .

(٢) (والمأكول) : في ب ، حـ وفي أ والمكيل .

(٣) قال المرغيناني رحمه الله : (وإذا عدم الوصفان . الجنس ، والمعنى المضموم إليه ، حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة . =

وقال مالك : لا يجوز بيع حيوان بحيوانين من جنسه يقصد بهما أمر واحد من ذبح ، أو غيره .

فإن تبايعا دراهم بدنانير في الذمة ، وتقابضا ، وتفرقا ، ثم وجد أحدهما بما معه عيباً .

ففيه قولان :

أحدهما : أنه يجوز إبداله ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وأحمد [1].

= والأصل فيه : الإباحة ، وإذا وجدا ، حرم التفاضل ، والنساء لوجود العلة ، وإذا وجد أحدهما ، وعدم الآخر ، حل التفاضل ، وحرم النساء ، مثل .

أن يسلم هروياً في هروي ، أو حنطة في شعير ، فحرمة ربا الفضل بالوصفين ، وحرمة النساء بأحدهما .

وقال الشافعي : الجنس بانفراده لا يحرم النساء ، لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل ، وحقيقة الفضل غير مانع فيه ، حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين ، فالشبهة أولى .

ولنا : إنه مال الربا من وجه، نظراً إلى القدر أو الجنس ، والنقدية أوجبت فضلاً في المالية ، فتتحقق شبهة الربا ، وهي مانعة كالحقيقة ، إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه ، يجوز وإن جمعهما الوزن ، لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن ، فإن الزعفران يوزن بالأمناء ، وهو مثمن يتعين بالتعيين ، والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ، لو باع بالنقود موازنة موازنة ، وقبضها ، صح التصرف فيها قبل الوزن ، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز ، فإذا اختلفا فيه صورة ، ومعنى ، وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة لشبهة ، وهي غير معتبرة/الهداية وبداية المبتدى ٤٦/٢ .

(١) لأن ما جاز إبداله قبل التفرق ، جاز بعده كالمسلم فيه/المهذب للشيرازي ٤٠٥/٩

والثاني : لا يجوز ، وهو اختيار المزني[1] رحمه الله، فـإما أن يفسخ البيع ، (أو يمسكه)[2] .

فإن وجد العيب في بعضه ، وقلنا : ليست له الابدال ، فهل له فسخ البيع فيه ؟ يبنى على القولين في تفريق الصفقة .

فإن كان البيع بالدراهم ، والدنانير بأعيانها ، فإنها يتعين عندنا ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : لا يتعين بنفس البيع[3] .

فإن وجد بما حصل معه عيباً من غير جنسه ، كـأنه حـديد أو رصاص .

فقد نص الشافعي رحمه الله : على أن البيع يبطل[4] .

---

(١) وهو قول المزني رحمه الله ، لأنه إذا أبدله ، صار القبض بعد التفرق ، وذلك لا يجوز/المهذب للشيرازي ٤٠٥/٩

(٢) (أو يمسكه) : في أ و ب وفي حـ يمسك

(٣) نقل عن زفر رحمه الله : أن النقود لا تتعين في العقود والفسوخ ، ديناً كانت أو عيناً ، ألا ترى أنه لو أسلم ديناً على المسلم إليه جاز السلم حتى إذا أسلم إليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق ، ثم السلم ، ولو تعين ، لما صح لكونه كالئاً بكالئي/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٣٦/٦ .

(٤) إذا قبض معيباً ، كان له أن يطالب بما في ذمته مما يتناوله العقد ، كما إذا قبض المسلم فيه ثم وجد به عيباً ، فإن له أن يطالب ببدله بخلاف المعين ، فإن العقد تناوله بعينه ، فلو طالبه ببدله لطالبه بشيء لم يتناوله العقد ، فكان له فسخه ، واسترجاع ثمنه فقط ، وهذا الحكم من كونه يرد العوض المقبوض عما في الذمة ، ويطالب ببدله نص عليه الشافعي رحمه الله ، والأصحاب وجزموا به قولاً واحداً ، وممن صرح بذلك القاضي أبو الطيب والشيخ أبو محمد وغيرهم ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العيب من جنسه مثل أن يكون فضة خشنة ، أو =

وقال أبو علي في الافصاح : من أصحابنا من قال : البيع صحيح ، ويخير فيه ، وهكذا إذا قال : بعتك هذا البغل ، فخرج حماراً[1] .

= سكّتها مضطربة مخالفة لسكة السلطان ، أو بها صدع أو ثلم ، أم من غير جنسيه ، مثل أن يشتري دنانير فتخرج نحاساً أو فضة مطلية بذهب أو شبهها ، أو يشتري دراهم فتخرج رصاصاً/المجموع ١٠/١٠٧ .

(١) وتلخيص القول : أن الصرف قسمان : صرف للنقد بغير جنسه ، كالدراهم بالدنانير ، فالعيب إما أن يكون من الجنس أولاً ،

ـ فإن كان من غير الجنس فإما أن يكون بالكل أو بالبعض ، فإن كان بالكل كما إذا اشترى دنانير فخرجت نحاساً ، فقد نص الشافعي رضي الله عنه على أن العقد باطل ، وتبعه على ذلك معظم الأصحاب كالشيخ أبي حامد ، والقاضي أبي الطيب ، .والمحاملي في المجموع ، والتجريد والمجرد ، والماوردي وابن الصباغ والروياني ، والشاشي وغيرهم .

عن أبي علي الطبري في الإفصاح أنه قال : من أصحابنا من قال ، البيع صحيح ، ويثبت فيه الخيار ، لأن العقد قدر على عينه ، وهي رواية عن أحمد ، وهو مخالف لنص الشافعي فإنه قال في كتاب الصرف من الأم : وإن كان رأي من قيل أنه نحاس أو شيء غير فضة ، فلا يكون للمشتري أن يقبله من قبل أنه غير ما اشترى والبيع منتقض بينهما ،

قال القاضي أبو الطيب : هذا نص يبطل كل تخريج

قال الرافعي . وهذا إذا كان له قيمة ، فإن لم يكن ، لم يجيء هذا الخلاف ، وفي مذهب أحمد رواية ثالثة ضعيفة عن أحمد : أن العقد صحيح لازم ، وليس له رد ولا بدل وهو بعيد ، والله أعلم .

وقال الشيخ أبو حامد : لم يقتصر الشافعي على بطلان البيع باختلاف إلا في هذا الموضع وجعل القاضي حسين الخلاف في ذلك قولين ، وهو غريب ، أو توسع في الإطلاق.

ولهذه المسألة أمثلة يجمعها الإختلاف في النظر إلى الإشارة أو العبارة منها : إذا قال : بعتك هذه البغلة فخرجت حماراً ، وفي البغال نوع يشبه الحمير بطبرستان . =

وإن عين الميزان ، أو المكيال في (البيع)[1] ، بطل البيع في قول بعض أصحابنا[2] .

ومنهم من قال : لا يبطل ، ولا يتعين .

ولا يجوز بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض ، ويجوز أن يشتري بها سلعة في أظهر الوجهين[3] .

= ومنها: إذا اشترى ثوباً على أنه من قطن، فإذا هو كتان، نقله أبو حامد، وابن الصباغ عن الأصحاب أو على أنه قز فخرج كتاناً، لأن الكتان الخام يشبه القز، قاله القاضي أبو الطيب.

ومنها: إذا اشترى غلاماً، فكان جاريه، قاله الماوردي في آخر شطر من باب الربا.

ومنها: إذا اشترى فصاً على أنه ياقوت، فخرج زجاجاً، نقله المزني عن الشافعي.

ففي هذه الصور كلها البيع باطل على المذهب وفيه الوجه الذي تقدمت حكايته/المجموع ١٠/١٢٠ ،

(١) (البيع) : في ب ، حـ وفي أ المبيع

(٢) ومحل خلاف القفال في قصعة لم يجر العرف بالكيل بها ، أما قصعة يعتاد الكيل بها وإن لم يكن في عهد الشارع ، فيجوز جزماً كما اقتضاه كلام القفال وابن أبي الدم/المجموع ١٠/٢١٨ .

(٣) المغشوشة على قسمين .

الأول : الذي فيها مما له ثبات وقيمة ، كالرصاص والنحاس ، وكذلك الدراهم المزيفة ، وهي التي فيها فضة ورصاص ، وزئبق ، فيستهلك الزئبق وتبقى الفضة والرصاص.

الثاني: الغش الذي فيها مما يستهلك ، وهي التي تتخذ شبه الدراهم من الزرنيخ والنورة ثم يطلى عليها الفضة ، وقد كان يتعامل بها في بغداد وغيرها .

فأما المغشوشة بغش يبقى له قيمة ، فاختلف الأصحاب في تعليله على =

وقال أبو حنيفة : إن كان الغش غالباً ، لم يجز .

قال القاضي حسين رحمه الله : وهذا لا بأس به .

وإن باع مغشوش الفضة بذهب ، كان على القولين في (الصفقة) [1] جمعت بيعاً وصرفاً .

وكل شيئين اتفقا في الاسم الخاص من أصل الخلقة ، فهما جنس واحد ، وكل شيئين اختلفا في الاسم الخاص (من أصل الخلقة) [2] فهما جنسان [3] .

= وجهين ، واستدلوا لأحدهما بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : من زافت دراهمه فليأت السوق وليشتر بها ثياباً)

وذكر النووي : أنه إن كان قدر الغش معلوماً جاز قطعاً ، وإن كان الغش غالباً لم يصح ، وإلا فيصح وهو مذهب أبي حنيفة ، واختيار القاضي حسين ،

والصحيح : الصحة مطلقاً وهو الذي صححه الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ،

وأما المغشوشة بغش لا قيمة له ، فالعلة في منع بيع بعضها ببعض ، أو بالخالصة ، الجهل بالمماثلة أو تحقق المفاضلة ، وإن ابتاع بها ثياباً جاز ، لأن البيع واقع على الفضة فحسب ،

وأما القسم الثاني : وهو ما يكون الغش فيه مستهلكاً فكذلك لا يجوز بيع بعضه ببعض ، ولا بالخالصة ، لأنه فضة بفضة مجهولة التساوي ، أو معلومة التفاضل ، وإن اشترى بها ثياباً جاز بلا خلاف المجموع ١٠/٢٧٦ ـ ٢٧٨ .

(١) (الصفقة) في أ ، حـ وفي ب الصفة .

(٢) (من أصل الخلقة) : ساقطة من أ ، ب وموجود ف حـ .

(٣) قال الشيرازي : (وكل شيئين اتفقا في الإسم الخاص من أصل الخلقة ، كالتمر البرني والتمر المعقلي ، فهما جنس واحد ، وكل شيئين اختلفا في الإسم من أصل الخلقة ، كالحنطة والشعير ، والتمر ، والزبيب ، فهما جنسان ،

والدليل عليه : أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر ستة أشياء وحرم فيها

وقال مالك والليث بن سعد : البر والشعير جنس واحد[1] .

وما اتخذ من أموال الربا ، فمعتبر بأصوله في الجنس[2] .

= التفاضل إذا باع شيء منها بما وافقه في الإسم، وأباح فيه التفاضل إذا باعه بما خالفه في الإسم ، فدل على أن كل شيئين اتفقا في الإسم فهما جنس ، وإذا اختلفا في الإسم فهما جنسان/المهذب للشيرازي ٢٧٩/١ .

(١) وهي الرواية الثانية عن أحمد : أنهما جنس واحد ، وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمنْ بن الأسود بن عبد يغوث ، وابن معيقيب الدوسي ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والليث ، لما روي عن معمر بن عبد الله . (أنه أرسل غلامه بصاع قمح ، فقال : بعه ثم اشتر به شعيراً ، فذهب الغلام ، فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمراً أخبره بذلك ، فقال له معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فردَّه ، ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل ، وكان طعامنا يومئذ الشعير ، قيل : فأنه ليس بمثله ، قال أني أخاف أن يضارع) أخرجه مسلم ٢٠/١١ ، ولأن أحدهما يغش بالآخر ، فكانا كنوعي الجنس/المغني لابن قدامة ٢٠/٤ .

(٢) كالدقيق والخبز ، والعصير والدهن ، تعتبر بأصولها ، فإن كانت الأصول أجناساً ، فهي أجناس وإن كانت الأصول جنساً واحداً ، فهي جنس واحد ، فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان ، وخبز الحنطة ، وخبز الشعير جنسان ، ودهن الجوز ودهن اللوز جنسان/المهذب للشيرازي ٢٧٩/١ .

أما القول التفصيلي : فقد قسمها ، الأصحاب أربعة أقسام .

الأول : المعد للأكل ، كدهن الجوز ، واللوز الحلو ، والشيرج ، والزيت، والسمن ، ودهن الصنوبر ، والبطم ، والخردل ، والحبة الخضراء ، فلا خلاف في أنها ربوية ، والمشهور أنها أجناس .

الثاني : ما يقصد للدواء ، كدهن الخروع ، واللوز المر ، ونوى المشمش ، ونوى الخوخ ، وعد من ذلك أبو حامد : الحبة الخضراء ، وأبو الطيب : الخردل ، فهذا ربوي. =

واختلف قوله في زيت الفجل ، وزيت الزيتون على قولين :
أصحهما : أنهما جنسان (1) .

وفي (اللحمان) قولان (2) :
أصحهما : (أنهما)(3) أجناس .
وهو قول أبي حنيفة (4) .

= الثالث ما يقصد منه الطيب ، كدهن الورد ، والياسمين ، والبنفسج ، والنيلوفر ، والخيري ، والزئبق فهذا كله جنس واحد على الصحيح المنصوص ، لأن أصل الجميع السمسم ،

الرابع : ما لا يتناول أدما ، ولا دواء ، ولا هو طيب ، كدهن بذرالكتان المقصود للاستصباح ، ودهن السمك ، والصحيح المشهور: أنه لا ربا فيه/المجموع ١٠/١٦٣ - ١٦٥ .

(1) وهو الصحيح ، لأنهما يختلفان في الطعم ، واللون فكانا جنسين كالتمر الهندي ، والتمر البرني ، ولأنهما فرعان لجنسين مختلفين ، فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز

والثاني : هما جنس واحد ، لأنه جمعهما اسم الزيت/المهذب للشيرازي ٢٧٩/١

(2) (اللحمان) : في ب ، حـ وساقطة من أ

(3) (أنهما): في حـ وفي أ ، ب أنها

(4) وهو قول المزني وهو الصحيح ، لأنها فروع لأصول هي أجناس ، فكانت أجناساً كالأدقة والأدهان/المهذب ٢٧٩/١ .

وقال الشافعي في الأم في باب بيع اللحم: والقول في اللحمان المختلفة واحد من قولين أحدهما: أن لحم الغنم صنف، ولحم الإبل صنف، ولحم البقر صنف، ولحم الظباء، ولحم كل ما تفرقت به أسماء دون الأسماء الجامعة صنف، فيقال: كله حيوان ، وكله دواب ، وكله من بهيمة الأنعام ، فهذا جماع أسمائه كله ، ثم يعرف أسماؤه فيقال : لحم غنم ، ولحم بقر ، ولحم إبل، ويقال : لحم ظباء ، =

والثاني : أنها جنس واحد[1] ، فعلى هذا ، هل يدخل فيه لحم السمك ؟ فيه وجهان .

قال أبو إسحاق : يدخل فيه[2] .

والمذهب : أنه لا يدخل[3] .

وفي الألبان طريقان :

أصحهما : أنهما (كاللحمان)[4] .

والثاني : أنها أجناس قولاً واحداً[5] .

(وقيل : فيه طريقة ثالثة : أنها جنس واحد قولاً واحداً)[6] .

= ولحم أرانب ، ولحم زرابيع ، ولحم ضباع ، ولحم ثعالب ، ثم يقال في الطير هكذا : لحم كراكي ، ولحم حباريات ، ولحم حجل ، ولحم معاقب ، كما يقال : طعام ثم يقال : حنطة ذرة ، وشعير ، وهذا قول يصح وينقاس/المجموع ١٠/١٧٠ - ١٧١ .

(١) والقول الثاني : أنها جنس واحد ، لأنها تشترك في الإسم الخاص في أول دخولها في تحريم الربا فكانت جنساً واحداً كالتمور ، وتخالف الأدقة والأدهان ، لأن أصولها أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ، فاعتبر فروعها بها ، واللحمان لا يحرم الربا في أصولها فاعتبرت بنفسها/المهذب ١/٢٧٩ .

(٢) فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلاً ، لأن اسم اللحم يقع عليه والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ لتأكلوا منه لحماً طرياً ﴾سورة النحل الآية ١٤.

(٣) لأنه لا يدخل في إطلاق اسم اللحم ، ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم ، لم يحنث بأكل لحم السمك/المهذب للشيرازي ١/٢٧٩ .

(٤) (كاللحمان) : في ب ، حـ ، وفي أ كاللبن

(٥) لأنها تتولد من الحيوان ، والحيوان أجناس ، فكذلك الألبان .

(٦) (وقيل : فيه طريقة ثالثة: أنها جنس واحد قولاً واحداً) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

وقال مالك : اللحمان ثلاثة أصناف ، الإنسي والوحشي (صنف ، والطير صنف ، ولحوم دواب الماء صنف)[1] وهو قول أحمد .

وعنه رواية أخرى : أنه جعل الوحشي صنفاً آخر[2] .

وعندنا الحمام ، صنف ، والفواخت صنف ، والقماري صنف[3] .

وحكي عن الربيع أنه قال : كلما عب وهدر ، فهو جنس واحد ، وهذا بعيد ، بل كلما انفرد باسم وصفه ، فهو جنس .

وحكى في (الحاوي)[4] : في الإلية وجهين :

أحدهما : أنها من جنس اللحم .

والثاني : أنها من جنس الشحم .

---

(١) (صنف ، والطير صنف ، ولحوم دواب الماء صنف) : في ب و حـ وفي أ الأنسي والوحشي ولحوم دواب الماء .

وقالت المالكية : ولحوم ذوات الأربع من الأنعام ، الإبل ، والبقر ، والغنم، والمعز، ومن الوحش، كالغزال وبقر الوحش كله صنف واحد، يجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً ويحرم متفاضلاً وكذلك لحوم الطير كله أنسية ووحشية وإن كان طير ماء صنف واحد ، وكذلك لحوم دواب الماء كله صنف واحد/كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني ١١٧/٢ .

(٢) لأنها فروع أصول هي أجناس ، فكانت أجناساً كالأدقة، والأخباز ، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها ، والقصد إلى أكلها ، فكانت أجناساً ، وهذا ضعيف جداً، لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها في أربعة أجناس، ولا نظير لهذا فيقاس عليه/ المغني لابن قدامة ٢٣/٤ .

(٣) والطيور أصناف : الكراكي صنف ، والأوز صنف ، والعصافير على اختلاف أنواعها/أنظر المجموع ١٨٠/١٠ ـ ١٨٢ وهو بحث واسع .

(٤) (الحاوي : ساقطة من حـ وموجودة في أ ، ب .

والصحيح : أنها جنس منفرد .

ومن أصحابنا : من جعل في الخلول والأدهان قولين .

وقيل : في الأدهان ، أنها جنس واحد قولاً واحداً ، وليس بشيء
والصحيح : إنها أجناس .

وقيل : في لب الجوز، ولب اللوز وغيره ، أنها على قولين .

والصحيح : أنها أجناس قولاً واحداً ، وهكذا قيل في عصير العنب ، وعصير الرطب.

فإن باع صبرة من طِعام ، بصبرة من طعام ،صاعاً بصاع ، فخرجتا متفاضلتين ، ففيه قولان (١) .

---

(١) بيع الصبرة بالصبرة له حالتان .
إحداهما : أن يكون جزافاً
والثانية : أن يكون مكايلة ، كما إذا باع صبرة طعام بصبرة طعام ، صاعاً بصاع والكلام الآن فيه ، والمسألة هكذا كما ذكرها المصنف رحمه الله ، منصوص عليها في الأم في باب المزابنة.
قال الشافعي رضي الله عنه : ولو عقدا بيعهما أن يتكايلا هذين الطعامين جميعاً باعيانهما مكيالاً بمكيال ، فتكايلا ، فكانتا متساويتين جاز ، وإن كانتا متفاضلتين فقولان .
أحدهما : أن للذي نقصت صبرته الخيار في رد البيع ، لأنه بيع شيء ، فلم يسلم له ، لأنه لا يحل له أخذه ، أو ردّ البيع .
والقول الثاني . أن البيع مفسوخ ، لأنه وقع على شيء بعضه حرام ، وبعضه حلال ، فالبيع مفسوخ ، وبهذا أقوال ، والقول الذي حكيت ضعيف ليس بقياس ، وإنما يكون له الخيار فيما نقص ، لأن في الزيادة بعضه على بعض ، فأما فيما فيه ربا فقد انعقد البيع على الكل ، فوجدنا البعض محرماً أن يملك بهذا العقد ، فكيف يكون له الخيار في أن يأخذ بعض بيعه وفيها حرام .
وتبعه أصحابه على ذلك القاضي أبو الطيب ، والقاضي الحسين ، =

أحدهما : أنه يصح فيما تساويا فيه .

والثاني : أنه يبطل في الجميع[1] .

وإن خرجتا متساويتين ، وقلنا : عند التفاضل، يبطل ، فهاهنا وجهان :

أحدهما : يبطل وليس (بشيء)[2] .

ويعتبر التساوي فيما يكال ويوزن بكيل الحجاز ، ووزنه[3] ، فإن

= والمحاملي ، والفوراني، والشيخ أبو محمد والرافعي ، والعمراني ، وآخرون، كلهم جزموا بالصحة فيما إذا خرجتا متساويتين .

قال الشيخ أبو محمد في السلسلة جائز قولاً واحداً ، وأغرب الشاشي فقال في الحلية : إن خرجتا متساويتين ، وقلنا : عند التفاضل يبطل ، فههنا وجهان :

أحدهما : يبطل ، قال : وليس بشيء ، وينبغي أن يتوقف في إثبات هذا الخلاف في متابع فإني أخشى أن يكون حصل في ذلك وهم ، وانتقال من الفرع الذي سيأتي إذا تقابضا مجازفة وتفرقا ، ثم تكايلا وخرجتا سواء فهناك وجهان والله أعلم/المجموع للسبكي ١٠ : ٢٠١

(١) لأنه بيع طعام بطعام متفاضلاً .

(٢) (بشيء) : في ب ، حـ في أ كمشيء

(٣) لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (المكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة) رواه أبو داود ، والنسائي ، ولفظ أبي داود : (الوزن وزن أهل مكة ، والمكيال مكيال أهل المدينة) ولفظ النسائي: (المكيال على مكيال أهل المدينة ، والوزن على وزن أهل مكة) رواه من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وذكر أبو داود اختلافاً في سنده ومتنه ، أنظر مختصر سنن أبي داود ١٢/٥ ـ ١٥ .

أما السند فقيل فيه : عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهذا لا يضر ، فإنه أياً ما كان فهو صحابي.

=

كان (مما) [1] لا يعرف أصله بالحجاز وكان مما يمكن كيله ، ففيه وجهان [2] .

أحدهما : أنه يعتبر بأشبه الأشياء به بالحجاز ، فإن لم يكن له بالحجاز شبه ، أعتبر أشبه الأشياء به [3] .

والثاني : يعتبر بالبلد الذي بيع فيه [4] .

= وأما المتن فإنه رواه باللفظ المتقدم من حديث سفيان عن حنظلة عن طاوس عن ابن عمر قال : ورواه الوليد بن مسلم عن حنظلة قال : (وزن المدينة ومكيال مكة)

قال : أبو داود أيضاً : اختلف في المتن في حديث مالك بن دينار عن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد ذكره أبو عبيد في غريب الحديث فقال : بعضهم يقول : (الميزان ميزان المدينة والمكيال مكيال مكة) قال أبو عبيد يقال : إن هذا الحديث أصل لكل شيء ، والكيل والوزن إنما يأتم الناس فيهما بأهل مكة ، وأهل المدينة ، وإن تغير ذلك في سائر الأمصار/المجموع ١٠/٢١٣ .

(١) (مما) : في ب ، حـ وفي أ بما

(٢) إن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن نظرت .

- فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن ، لأنه لا يمكن غيره

وإن كان مما يمكن كيله ففيه وجهان كما ذكر المصنف/المجموع ١٠/٢٢١

(٣) فإن كان مكيلاً لم يجز بيعه إلا كيلاً ، وإن كان موزوناً ، لم يجز بيعه إلا موزوناً، لأن الأصل فيه الكيل والوزن بالحجاز، فإذا لم يكن له في الحجاز أصل في الكيل والوزن ، اعتبر بأشبه الأشياء به .

(٤) لأنه أقرب إليه .

وقال أبو حنيفة . ما لا نص فيه ، يعتبر فيه عادة الناس في البلاد[1] .

فإن لم يكن فيه عرف غالب (وكانت)[2] عادتهم فيه متساوية في كيله ووزنه ، فقد ذكر فيه أربعة أوجه :

أحدهما : أنه يباع وزناً[3] .

والثاني : (أنه)[4] يباع كيلاً[5] .

والثالث : يعتبر بأشبه الأشياء به (مما)[6] عرف (حاله)[7] على عهد رسول الله ﷺ[8] .

---

(١) لأنها دلالة . وعن أبي يوسف . أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً ، لأن النص على ذلك لمكان العادة ، فكانت هي المنظور إليها ، وقد تبدلت ، فعلى هذا : لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً ، أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما ، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار في، كما إذا باع مجازفة ، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم/الهداية للمرغيناني ٤٧/٣ .

(٢) (وكانت): في ب ، حـ وفي أفكانت.

(٣) لأنه أخص

(٤) (أنه): في أ وساقطة من ب ، حـ

(٥) لأن أكثر ما ورد فيه النص مكيل ، بل كل ما ورد فيه النص من المأكولات مكيل .

(٦) (مما) : في ب ، حـ وفي أ بما .

(٧) (حاله) : في ب ، حـ وفي أ حلله ، وهذا تصحيف من النساخ .

(٨) وهذا كما قال الشافعي رضي الله عنه في جزاء الصيد ، يعتبر ما لم يحكم فيه الصحابة رضي الله عنهم بأشبه الأشياء بما حكمت فيه ، وكذلك ما استطابته =

والرابع : (مخير)[1] بين الكيل والوزن .

ذكر القاضي حسين رحمه الله في الملح ، إذا كان جامداً قطعاً في بيع بعضه ببعض وجهين :

أحدهما : أنه يباع وزناً .

والثاني : أنه يُسْحَقُ ويباع كيلاً .

وإن كان مما لا يكال ، ولا يوزن ، وقلنا بقوله الجديد : أنه يحرم فيه الربا ، وجوزنا بيع بعضه ببعض[2]، وكان مما يمكن كيله (ففيه وجهان)[3] :

أحدهما : أنه لا يباع إلا كيلاً[4] .

والثاني : أنه لا يباع إلا وزناً[5] .

= العرب حل ، وما استخبثته حرم ، وما لم يعرف حاله ، رد إلى أقرب الأشياء ، شبهاً به، ولأن هذا المرجع في الأمور التي يقع فيها الاشتباه أن ترد إلى أشبه الأصول بها ، ومقصود المصنف في استدلاله ، أن المرجع فيه إلى الحجاز ، أي لما تقدم من الحديث ، فإذا ثبت أن المرجع إلى الحجاز ، وليس له أصل فنعتبر ما يشبهه محافظة على ذلك ، ولو اعتبرناه ببلده لفات ذلك بالكلية/المجموع ١٠/٢٢٤ .

(١) (مخير) : في ب ، حـ في أ يتخير .

(٢) نظرت : فإن كان مما لا يمكن كيله كالبقل ، والقثاء ، والبطيخ ، وما أشبهها ، بيع وزناً .

(٣) (ففيه) : في ب ، حـ وفي أ فيه

(٤) لأن الأصل : هو الأعيان الأربعة المنصوص عليها ، وهي مكيله ، فوجب رده إلى الأصل .

(٥) لأن الوزن أحصر .

وما يحرم فيه الربا ، لا يجوز بيع بعضه ببعض بالحزر في غيرالعرايا[1] .

وقال مالك : يجوز في البادية بيع المكيل حزراً دون الموزون ، فإن كان له (صيغة)[2] يتساوى طعامها كيلاً ووزناً (فباع)[3] بعضه ببعض ففيه وجهان :[4]

---

(١) أراد مما يجري فيه الربا ، كالرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، واللبن بالجبن ، والحنطة المبلولة ، أو الرطبة باليابسة ، أو المقلية بالنيئة ونحو ذلك ، وبه قال سعد بن أبي وقاص ، وسعيد بن المسيب والليث ، ومالك ، والشافعي ، إسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد والدليل : نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً ، متفق عليه/فتح الباري ٢٩٧/٥ ، وعن سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال : أينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا: نعم ، فنهى عن ذلك ، رواه مالك وأبو داود/مختصر سنن أبي داود ٣٢/٥ ، والأثرم ، وابن ماجه ، ولفظ رواية الأثرم قال : (فلا اذن) نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس/المغني لابن قدامة ١٢/٤ ـ ١٣ ، ومغني المحتاج ٢٥/٢ .

(٢) (صيغة) : في أ وفي ب صفه وفي حـ صنيعة ، ووردت في المجموع للسبكي صيغة ، ويعلق السبكي فيقول : كذا بالأصل عن الماوردي ، ولعل العبارة إذا كانت صفقه تساوي طعاماً المجموع/للسبكي ٢٢٠/١٠ .

(٣) (فباع) : في أ ، حـ وفي ب وباع

(٤) فرع قاله الماوردي رحمه الله ،وصاحب البحر وغيرهما : إذا كانت صيغة تساوي طعاماً في الكيل والوزن ، ولا يفضل بعضه على بعض فاعرف من حاله : أن التماثل فيه بالوزن كالتماثل فيه بالكيل ، فقد اختلف أصحابنا : هل يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ؟ على وجهين المجموع /٢٢٠/١٠ .

أصحهما : أنه لا يصح[1] .

وما حرم فيه الربا ، لا يجوز بيع بعضه ببعض ، ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة[2]، وكذلك لا يباع نوعان من جنس يختلف (قيمتهما)[3] بأحد النوعين كمد عجوه (ودرهم)[4] بمدي عجوه ودينار صحيح، ودينار قراضه بدينارين صحيحين، وبه قال أحمد رحمه الله[5]،

---

(١) لما فيه من مخالفة النص ، وتعيير العرف
والثاني : يجوز لكون الوزن فيه ثابتاً عن الكيل للعلم بموافقته كما كان مكيال العراق ثابتاً عن مكيال الحجاز لموافقته في المساواة بين المكيالين/المجموع للسبكي ١٠/ ٢٢٠

(٢) كبيع ثوب ودرهم بدرهمين ، ومد عجوة ودرهم بدرهمين

(٣) (قيمتهما) : في ب ، حـ وفي أ قيمتها

(٤) (ودرهم) : في أ ، ب وفي حـ ودراهم .

(٥) هذه المسألة تسمى (مسألة مد عجوة) والدليل عليه ما روى فضاله بن عبيد قال : (أتى رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها خرز مغلفة بذهب ، فابتاعها رجل بسبعة دنانير أو تسعة دنانير ، فقال عليه السلام : لا حتى تميز بينه وبينه ، فقال : أنا أردت الحجارة فقال: لا ، حتى تميز بينهما) رواه أبو داود/أنظر مختصر سنن أبي داود ٥/٢٣ - ٢٤ ،
وفي لفظ رواه مسلم قال : فأمر رسول الله عليه السلام بالذهب الذي في القلادة فنزع وحدة ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم :(الذهب بالذهب وزناً بوزن) ، صحيح مسلم١١/١٧ ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس ، وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة » الآخر في نفسه ، فإذا اختلفت القيمة ، اختلف ما يأخذه من العوض .
بيانه : إنه إذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة ، كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة ، والآخر ثلثها ، فلو رد أحدهما بعيب ، رده بقسطه من الثمن ، ولذلك أنه إذا باع سيفاً وشقصاً بألف ، قوم السيف =

إلا في النوعين ، فإنه إجازة[1] .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : كل ذلك جائز[2] .

فإن باع مد تمر (ودرهماً)[3] بمد تمر ودرهم ، والتمر من نخلة واحدة والدرهمان من سكة واحدة ، على صفة واحدة ، لم يصح البيع .

وذكر القاضي أبو الطيب رحمه الله : أنه يصح (واختاره)[4] القاضي حسين .

= والشقص ، وقسم الألف عليهما على قدر قيمتهما ، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته ، وأمسك المشتري السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته وإذا قسم الثمن على قدر القيمة ، أدى إلى الربا ، لأنه إذا باع ديناراً صحيحاً ، قيمته عشرون ، درهماً وديناراً قراضة قيمته عشرة بدينارين ، وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين ، والصحيح بالثلثين ، وذلك ربا) المهذب للشيرازي ١/٢٨٠ ـ ٢٨١ وانظر المغني لابن قدامة ٤/٢٩ .

(١) إن باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس ، كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين ، أو دينار صحيح ، ودينار قراضة بدينارين صحيحين ، أو قراضتين أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء ، أو تمراً برنياً ومعقلياً بابرحيمي ، فانه يصح ، قال أبو بكر وأومأ إليه أحمد ، لأن العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته المغني لابن قدامة ٤/٣٠

(٢) إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره ، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه/المغني لابن قدامة ٤/٢٩ .

(٣) (ودرهماً) : في ب ، حـ وفي أ ودرهم .

(٤) (واختاره): في ب ، حـ وفي أ وأجازه .

ولا يجوز بيع (رطبة بيابسة)[1] على الأرض، كبيع الرطب بالتمر، وتفرد أبو حنيفة بتجويزه كيلاً وحده[2].

فأما بيع رطبه برطبه، فإن كان مما يدخر يابسه[3]، لم يجز على قول الشافعي رحمه الله وحده.

وقال غيره: يجوز[4].

وإن كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكه، ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض[5].

---

(١) (رطبة بيابسة): في أ، حـ وفي ب رطبة بيابسة

(٢) قال المرغيناني: ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا تجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه (أو ينقص إذا جف؟ فقيل: نعم، فقال عليه السلام: لا إذا) وله أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدى إليه رطباً. (أوكل تمر خيبر هكذا) سماه تمراً وبيع التمر بمثله جائز لما روينا، ولأنه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر فبآخره، وهو قوله عليه السلام: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة/الهداية للمرغيناني ٤٨/٣

(٣) كالرطب، والعنب، لم يجز بيع رطبه برطبه

(٤) وهو قول المزني رحمه الله: لأن معظم منافعه في حال رطوبته، فجاز بيع بعضه ببعض كاللبن، والدليل على أنه لا يجوز: أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والإدخار، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافاً، ويخالف اللبن، فإن كماله في حال رطوبته، لأنه يصلح لكل ما يراد به، والكمال في الرطب والعنب في حال يبوسته، لأنه يعمل منه كل ما يراد منه، ويصلح للبقاء والإدخار/المهذب للشيرازي: ٢٨١.

(٥) لأنه جنس فيه ربا، فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب.

والثاني : يجوز [(١)] .

وفي (الرطب)[(٢)] الذي لا يجيء منه تمر ، والعنب الذي لا يجيء منه زبيب طريقان :

أحدهما : أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض قولاً واحداً[(٣)] .

والثاني : أنه على قولين[(٤)] .

وفي (بيع اللحم الطري)[(٥)] باللحم الطري طريقان :

أحدهما : أنه لا يجوز[(٦)] .

---

(١) لأن معظم منافعه في حال رطوبته ، فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن

(٢) (الرطب) : في ب وفي أ ، حـ المرطب وهذا غير صحيح/أنظر المهذب ٢٨٧/١٠

(٣) لأنه الغالب منه ، أن يدخر يابسه ، وما لا يدخر منه نادر ، فألحق بالغالب المهذب للشيرازي ٢٨٧/١٠ ، ولأن الرطب الذي لا يعود تمراً بحال لا يباع منه شيء بشيء من صنفه/المجموع للسبكي ٢٨٧/١٠

(٤) أحدهما : لا يجوز ، لأنه جنس فيه ربا ، فلم يجز بيع رطبه برطبه ، كالرطب والعنب.

والثاني : أنه يجوز ، لأن معظم منافعه في حال رطوبته ، فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن/أنظر المهذب للشيرازي ٢٨١/١٠ - ٢٨٢ .

(٥) (بيع اللحم الطري): في أ ، ب وفي حـ بيع اللحم اللحم الطري، هذه زيادة من الناسخ.

(٦) لأنه يدخر يابسه ، فلم يجز بيع رطبه برطبه ، كالرطب والعنب ، هذا إذا قلنا أن اللحم أجناس وباعه بجنسه ،

أما إذا قلنا : إن اللحم أجناس وباعه بغير جنسه ، فإنه يجوز متماثلاً ومتفاضلاً ، رطبين ويابسين ، ورطباً ويابساً ، وزناً وجزافاً لا شك في ذلك =

والثاني : (أنه) على قولين (١) .

فأما العرايا (فهو)(٢) أن يبيع الرطب على رؤوس النخل خرصاً

= قال الشافعي رحمه الله في الأم في بيع الآجال : ولا خير في اللحم الطري بالمالح والمطبوخ ولا باليابس على كل حال ، ولا يجوز الطري بالطري ، ولا اليابس بالطري حتى يكونا يابسين ، أو حتى تختلف أجناسهما .

وقال أيضاً فيه : فإذا كان منهما شيء من صنف واحد مثل : لحم غنم بلحم غنم ، لم يجز رطب برطب ، ولا رطب بيابس ، وجاز إذا يبس ، فانتهى يبسه بعضه ببعض وزناً ،

وقال في باب ما جاء في بيع اللحم: لا يجوز منه لحم ضائن بلحم،ضائن رطل برطل، أحدهما يابس والآخر رطب، ولا كلاهما رطب، لأنه لا يكون اللحم ينقص نقصاناً واحداً ، لاختلاف خلقته ومراعيه التي يغتذى منها لحمه ، فيكون فيها الرخص الذي ينقص إذا يبس نقصاناً كثيراً والغليظ الذي يقل نقصه ثم يختلف غلظهما باختلاف خلقته ، ورخصهما باختلاف خلقته ، فلا يجوز لحم أبداً إلا يابساً قد بلغ إناه بيبسه ، وزناً بوزن من صنف واحد ، ولذا فقد قال الشيرازي والأصحاب . إن المنصوص أنه لا يجوز/أنظر المجموع للسبكي ٢٩٢/١٠ ٢٩٣ .

(١) (أنه): في أ ، ب وفي حـ محذوفه والأول هو الصحيح ، أنظر المهذب ٢٩٢/١٠ والقول الثاني : منسوب إلى أبي العباس بن سريج ، لأن معظم منفعته في حال رطوبته ، فصار كالفواكه/المهذب للشيرازي ، وقد فرق أصحاب الشافعي بين ذلك وبين الفواكه، لأنها إذا يبست، لا تكون فيها المنافع التي تكون فيها حال رطوبتها، واللحم. كل ما يكون منه وهو رطب يكون منه وهو يابس وزيادة، وهو أنه على هيئة الادخار، فأشبه الرطب بالرطب .

ولذا فإن أصحاب الشافعي غير ابن سريج ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع ذلك رطباً بحال ، وفرقوا بينه وبين الثمار ، وجزم جماعة بالمنع/المجموع للسبكي ٢٩٣/١٠ .

(٢) (فهو) : في أ ، حـ وفي ب وهو ، والأول هو الصحيح . =

بالتمر على الأرض فيجوز للفقراء فيما دون خمسة أوسق، وبه قال أحمد ، إلا أنه قال : يخرصه رطباً، ويبيعه بمثله تمراً في (إحدى)[1] الروايتين [2] .

= والعرايا: جمع عرية، عرايا، والعرية في اللغة ما يفرد بذاته، ويتميز عن غيره، يقال: قد عرى الرجل: إذا تجرد من ثيابه وسمي ساحل البحر العراء، لأنه قد خلا من النبات وتميز عن غيره من الأرض/ الحاوي للماوردي ٣٠٩/٥، قال تعالى: ﴿فنبذناه بالعراء وهو سقيم﴾ الصافات ١٤٥/ وسميت عرية، لأنها عريت من حكم باقي البستان.

قال الأزهري : هي فعيلة بمعنى فاعلة ، وقال الهروي : فعيلة بمعنى مفعولة ، من عراه يعروه وهو أن يشتري الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض ، وكيفية ذلك . أن يحرز الخارص ما على النخلة من الرطب ، وكم يكون من التمر إذا جف ، فيباع بمثله من التمر ، ولا يتفرقا إلا بعد القبض الواضح النية في شرح التنبيه ١٧٩/٥ .

(١) (احدى) : في ب ، حـ وفي

(٢) إنه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر ، لا أقل منه ولا أكثر ، ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوماً بالكيل ، ولا يجوز جزافاً ، لا تعلم في هذا عند من أباع بيع العرايا اختلافاً ، لما روى زيد بن ثابت (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً) متفق عليه/فتح الباري ٢٩٧/٥ ،

ولمسلم :(أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً) صحيح مسلم ١٨٤/١٠ ، لأنه الأصل اعتبار الكيل من الطريقين ، سقط في أحدهما للتعذر ، فيجب في الآخر بقضية الأصل لأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر ، وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر ، ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر صحته مع كثرته.

واحتجت الشافعية والحنابلة بجواز العرية بحديث محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس ، وعندهم فضول من قوتهم من التمر ، فرخص لهم =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز ذلك بحال[1] .

= رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم ، يأكلونها رطباً) رواه البخاري ومسلم ١٠/١٨٥ ،

أما الماوردي فقد جعل العرايا ثلاثة أقسام .

الأول : مواساة : أن يتصدق الرجل ببعض نخله على الفقراء ، ويمنح بهذا النخل قوماً بأعيانهم من المساكين ، وتفرده عرياً في ملكه ، فيصير عرية متميزة ، وهذا مستحب ، واستدل على ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم خففوا في الخرص ، فإن في المال العرية والوصية ، فيقول : وهذا معنى المواساة ،

الثاني : محاباة : وذلك أن الخرص كانوا إذا خرصوا نخل رجل تركوا بعض نخلة عرية لا تخرص عليه ليأكلها علماً بأنه سيتصدق منها بأكثر من عشرها ، وهذا جائز لما روي عن النبي ﷺ قال: إذا خرصتم، فدعوا لهم الثلث فدعوا لهم الربع ، الفتح الكبير ١/١٠٥.

الثالث: مراضاة، فقد اختلف الفقهاء فيها وفي المراد بها.

وقال الشافعي أيضاً : بيع الرطب خرصاً على رؤوس النخل بمكيله تمراً ، على الأرض في خمسة أوسق أو أقل مع تعجيل القبض/الحاوي للماوردي ٥/٣٠٩ .

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: العرية، النخلة يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً والأعراء أن يجعل له ثمرة عامها فرخص لرب النخل أن يبتاع تمر تلك النخلة من المعري بتمر لدفع حاجته/ الأموال لأبي القاسم عبيد بن سلام ٦٥٧ - ٦٥٩، وأنظر كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية/١/٢٩٠ - ٣٠١.

(١) لأن الحنفية أولوها على أساس أن العرية معناها العطية ، وبذلك يكون التأويل عندهم : أن بيع المعرَّى له ما على النخيل من المعرِّي بثمر مجذوذ

وعلى هذا التأويل يكون بيعاً مجازاً ، لأن المعرى له لم يملكه ، فيكون براً مبتدأ ويستشهدون على أن العرية معناها العطية بقول حسان بن ثابت =

وقال مالك : يجوز في موضع مخصوص ، وهو أن يكون قد وهب لرجل ثمرة نخله من حائطه وشق عليه دخوله إلى قراحه فيشتريها منه بخرصها من الثمر يعجله له(1) .

وهل يجوز للأغنياء؟ ، فيه قولان .

= فليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح حسان بن ثابت الأنصاري بأنهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح أي يهبون ، ولو كانت بيعاً لما كانوا ممدوحين بها/فتح القدير ١٩٥/٥ ، وبدائع الصنائع ١٩٤/٥ .

ومعنى العرية عند الحنفية : أن يعرِّي الرجل نخلة من نخلة ، فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدوا له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمراً/فتح القدير ١٩٦/٥

(1) وعرف المالكية العرية بعدة تعاريف .

١ - أن يهب الرجل ثمر نخله ، أو نخلات من حائطه لرجل ، ويجيء هذا على مذهب أشهب وابن حبيب .
٢ - ومعناها عند ابن القاسم . أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص ، وهو أن يكون على المعري ما يلزمها إلى وقت بدو صلاحها ، وهو وقت يمكن الانتفاع بها/المنتقى للباجي ٢٢٦/٤
٣ - وذكر الطحاوي تأويلاً لمالك : فقال قوم : العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر ، قالوا وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم ، فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمراً لينصرف هو وأهله عنه/فتح القدير ١٩٦/٥ .
٤ - وفسرها الدردير المالكي : اشتراء ثمرة تيبس كلوز ونخل ، وعنب ، وتين ، وزيتون في غير مصر ، أن لفظ المعري بالعرية وبدا صلاحها/الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٩/٣

أحدهما : لا يجوز، وهو اختيار المزني وقول أحمد[1] .

والثاني : يجوز[2] .

وهل يجوز في الرطب بالرطب على رؤوس النخل خرصاً ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدهما : أنه يجوز ، وهو قول أبي علي بن خيران[3] .

والثاني : لا يجوز وهو قول أبي سعيد الأصطخري[4] .

---

(١) لأن الرخصة وردت في حق الفقراء ، والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة ، فبقي في حقهم على الخطر/المهذب للشيرازي ٣١١/١٠ ، وللحديث المروي عن زيد بن ثابت السابق ، والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ، ولأن في حديث زيد (يأكلها أهلها رطباً) ولو جاز لتخليص المعري لما شرط ذلك ، ولأن ما أبيح للحاجة ، أبيح مع عدمها ، كالزكاة للمساكين ، والترخص في السفر ، وعلى هذا ، متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشترى به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر/المغني ٧٢/٤

(٢) لما روى سهل بن أبي حثمة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن تبتاع بخرصها تمراً يأكلها رطباً) رواه البخاري ومسلم ١٨٤/١٠ ولأن كل بيع جاء للفقراء جاز للأغنياء ، كسائر البيوع/المغني لابن قدامة ٢٧١/٤ ، والمجموع للسبكي ٣١١/١٠

(٣) لما روى زيد بن ثابت قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العرايا بالتمر والرطب ، ولم يرخص في غير ذلك البخاري ومسلم ، وسنن أبي داود/أنظر صحيح مسلم ١٨٣/١٠ ،

(٤) لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا تبايعوا تمر النخل بتمر النخل صحيح مسلم ١٨٨/١٠ ، ولأن الخرص غرر ، وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين ، فلو جوزنا في الرطب بالرطب لجوزناه في العوضين ، وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة ، فلم ـ

قال القاضي أبو الطيب رحمه الله : ، وهو الأصح عندي .

وقال (أبو)(١) إسحاق : ، إن كانا من نوع واحد، لم يجز وإن كانا من نوعين جاز(٢) .

ولا يجوز في خمسة أوسق في عقد واحد في أصح القولين(٣) .

ويجوز بيع العرايا في عقود متفرقه ، وإن زاد على خمسة أوسق(٤) .

= يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام/المهذب للشيرازي ٣١٧/١٠ - ٣١٨ .

(١) (أبو) : في ب وفي أ ، حـ ابن وهذا خطاء ظاهر

(٢) وقول أبو إسحاق هو الوجه الثالث : (أنه إن كان نوعاً واحداً ، لم يجز ، لأنه لا حاجة به إليه لأن مثل ما يبتاعه عنده ، وإن كان نوعين جاز ، لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه ، فيكون كمن عنده تمر ، ولا رطب عنده)

(٣) وعبارة المهذب ولا يجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد ، لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن المخابرة والمحاقلة، المزابنة) رواه مسلم ١٩٣/١٠ وقال البهيقي: أن البخاري رواه ولم أره في البخاري إلا من رواية أبي سعيد الخدري/المهذب للشيرازي ٣٢٥/١٠ .

(٤) العرية بما دون خمسة أوسق تجوز ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق/البخاري ومسلم ١٨٧/١٠ ، ولا يجوز فيما زاد عليها ، وفي الخمسة عند الشافعية قولان:

أحدهما : لا يجوز وهو قول المزني ، لأن الأصل هو الحظر عن هذا البيع وإنما ثبت جوازه فيما دون خمسة أوسق لحديث أبي هريرة وهو مذهب الحنابلة والظاهرية/المحلى لابن حزم ٤٥٩/٨ وغاية المنتهى ١٦٤/٣ . =

وقال أحمد : لا يجوز أكثر من عرية واحده[1] .

وفيما سوى ثمرة الكرم والنخل قولان[2] .

أحدهما : يجوز .

= والثاني : أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حثمة/المهذب للشيرازي ٣٧٦/١٠

(١) واستدلوا على ذلك بما روى عن الترمذي : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنه التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا ، فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وكل ثمرة بخرصها) وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر ، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين . الجامع الصحيح للترمذي ٥٨٧/٣

١ ـ إن غيرها لا يساويها في كثرة الإقتيات بها ، وسهولة خرصها ، وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة ، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره .

٢ ـ أن القياس لا يعمل به إذا خالف نص/ءالمغني لابن قدامة ٧٤/٤ .

(٢) أما العرايا في سائر الثمار كالتفاح والمشمش والإجاص ، والخوخ ، فمذهب الشافعية على قولين:

الأول: يجوز لشمول المعنى، لأنه ثمرة، فجاز بيع رطبها بيابسها خرصاً كالرطب/ المهذب للشيرازي ٢٨٢/١، إلا أن هذا القول فيه وجه إما أن ينظر إلى ظاهر لفظ الشارع في العرايا، وإما أن ينظر إلى المعنى، فإن نظرنا إلى ظاهر اللفظ، وجب ترجيح القول الأول بإلحاق سائر الثمار بالرطب والعنب وإن نظرنا إلى المعنى، وجب ترجيح القول بالاختصاص بالفقراء.

الثاني : المنع لتعذر الخرص وهو الصحيح عند المحاملي والروياني ، لما روى زيد ابن ثابت قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العرايا بالتمر ، والرطب ، ولم يرخص في غير ذلك/المهذب للشيرازي ٢٨٢/١ والمجموع للسبكي ٥٦/١١ ، ولأنها لاتخرص لتفرق ثمارها ، والحائل من الورق دونها/الأم ٥٥/٣ .

وهل يجوز (بيع ما نزع نواه بما نزع منه نواه؟)[1]

وفي بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض وجهان:

أصحهما : أنه يجوز[2] .

وفي بيع السكر بالسكر وجهان[3] .

---

(۱) (بيع ما نزع نواه بما نزع منه نواه) : في ب ، حـ وفي أ بيع ما ينزع نواه مما نزع نواه . أما بيع ما نزع نواه بما لم ينزع نواه ، لا يجوز ، لأن أحدهما على هيئة الإدخار ، والآخر على هيئة الإدخار ، ويتفاضلان حال الإدخار ، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر .

أما ما نزع نواه بعضه ببعض وهي مسألتنا ، فيه وجهان .

الأول : يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم . (لا تبيعوا التمر بالتمر إلا سواء بسواء) ومثله كثير في صحيح مسلم ١٠/١٨٤

الثاني : لا يجوز ، لأنه يتجافى في المكيال ، فلا يتحقق فيه التساوي ، ولأنه يجهل تساويهما في حال الكمال والإدخار ، فأشبه بيع التمر بالتمر جزافاً/المهذب للشيرازي ١٠/٣٤٩ .

(۲) وهو المذهب ، لأن نار التصفية نار لينة ، لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من الشمع ، فصار كالعسل المصفى بالشمس

والوجه الثاني : لا يجوز ، لأن النار تعقد أجزاءه ، فلا يعلم تساويهما/المهذب للشيرازي ١٠/٣٥٤

(۳) الأول: لا يجوز وهو الأصح، لأن النار قد عقدت أجزاءه.

الثاني : يجوز ، لأن ناره لا تعقد الأجزاء ، وإنما تميزه من القصب ، هذا وجزم العراقيون بمنع السلم في ذلك فإن باب الربا أحوط من باب السلم ، بدليل أنه يجوز السلم فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض لأجل طلب المماثلة ، وقال الماوردي : إن كانت للتصفية وتمييزه من غيره جاز ، وإن دخلت لعقد الأجزاء ، لم يجز/المجموع للسبكي ١٠/٣٥٨ .

ولا يجوز بيع الحب بالدقيق من جنسه [1].

وحكى الكرابيسي عن الشافعي رحمه الله قولاً آخر: أنه يجوز، وليس (ثابت) [2] عنه.

والمذهب: الأول، وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وأحمد في إحدى الروايتين.

قال مالك [3]: يجوز بيعه (به) [4] كيلاً وبه قال الليث (وقتاده) [5].

وقال أحمد في إحدى الروايتين: يجوز بيعه به وزناً [6].

وقال أبو ثور: يجوز بيع الدقيق بالحنطة متفاضلاً [7].

---

(١) لأن الدقيق هو الحب بعينة، وإنما فرقت أجزاؤه، فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة، فأما بيعه به متماثلاً، فالمنصوص أن لا يجوز، والدليل على أنه لا يجوز، أنه جنس فيه ربا بيع منه ما هو على هيئة الإدخار بما ليس منه على هيئة الإدخار على وجه يتفاضلان في حال الإدخار، فلم يصح كبيع الرطب بالتمر/المهذب للشيرازي ١٠/٢٦٢ - ٢٦٣.

(٢) (ثابت): في أ، حـ وفي ب بثابت ردهما جائزان، لأن الكرابيسي قال: قال أبو عبد الله: يجوز، ولعل الكرابيسي أراد أبا عبد الله مالكاً أو أحمد، لأن عندهما يجوز ذلك المهذب للشيرازي ١٠/٢٦٣

(٣) (قال): في أ، ب وفي حـ وقال.

(٤) (به): في أ، حـ وساقطة من ب.

(٥) (وقتاده): في ب، حـ وفي أ وقتاه وهذا سهو من الناسخ

(٦) ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلاً وهو موزون كالخبز/المغني لابن قدامة ٤/٢٣

(٧) واحتج بأنهما جنسان لاختلاف الإسم، ونقض الأصحاب عليه باللحم بالحيوان وكثير من المطعومات المجموع للسبكي ١/٣٦٤

ولا يجوز بيع دقيق الحنطة بدقيقها[1] .

وروى المزني في المنثور عنه : أنه يجوز ، وأوما إليه في البويطي ، وهو قول أحمد[2] .

وقال أبو حنيفة : يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا استويا في النعومة والخشونة[3] .

ولا يجوز بيع دقيقه بخبزه ، وبه قال أحمد[4] .

وحكي عن أصحاب أبي حنيفة : أنه يجوز بيع الحنطة بالخبز متفاضلاً ، وهو مقتضى قول أبي ثور[5] .

---

(١) والمراد : أن الدقيقين من جنس واحد كدقيق القمح بدقيق القمح ، ودقيق الشعير بدقيق الشعير ، فبيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز ، سواء كانا ناعمين ، أو أحدهما ناعماً والآخر خشناً ، لأنه جهل التساوي بينهما في حال الكمال والإدخار ، فأشبه بيع الصبرة جزافاً/المهذب للشيرازي ٣٦٦/١٠.

(٢) لأنهما يتساويان في الحال ، ولا يتفاضلان في الثاني ، فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة/المهذب للشيرازي ٣٦٦/١٠ .

(٣) لا يجوز عند أبي حنيفة بيع الدقيق بالسويق متفاضلاً ومتساوياً/ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٩٦/٤ .

(٤) لأنه دخله النار ، وخالطه الملح والماء ، وذلك يمنع التماثل ، ولأن الخبز موزون ، والحنطة مكيل ، فلا يمكن معرفة التساوي بينهما/المهذب للشيرازي ٣٧٠/١

(٥) وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلاً ، لأن بينهما شبهة المجانسة في الحال ، ولا يعرف التساوي بينهما ، فصار كبيع المقلية بغير المقلية أو الدقيق بالحنطة .

أما من جوز ، فلأن الخبز بالصنعة صار جنساً آخر متى خرج من أن يكون مكيلاً تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٩٥/٤

ولا يجوز بيع الخبز بالخبز إذا كانا رطبين، أو أحدهما .

وقال أحمد : يجوز متماثلاً .

وإن كانا يابسين مدقوقين ففيه قولان :

أحدهما : يجوز .

ولا يجوز بيع أصله بعصيره (كالسمسم بالشيرج)[1]، ويجوز بيع الشيرج بالشيرج [2]وقيل : لا يجوز .

ويجوز بيع الكسب بالكسب إذا استخرج دهنه وزناً ، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة [3].

وقيل : لا يجوز .

ولا يجوز بيع الأدهان المطيبة، بعضها ببعض متفاضلاً وإن اختلفت

---

(١) (كالسمسم) بالشيرج : في ب ، حـ وفي أ كالشيرج بالسمسم

(٢) امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب ، وكذلك كل دهن بأصله والعنب بعصيره ، سواء كان العصير مثل ما في الأصل أو أكثر منه أو أقل ، وذلك : المـأخذ ظـاهر في السمسم بالشيرج ، وفي السمسم بشـرج وكسب ، وهما مقصودان ، فيكون بيعه بالشيرج من قاعدة مدة عجوه/المجموع للسبكي ٣٧٥/١٠ .

(٣) يجوز بيع كسب السمسم بكسب السمسم وزناً ، إن لم يكن فيه خلط ، فإن كان فيه خلط لم يجز ، أما إذا كان جافاً فظاهر ، وأما إذا كان رطباً ، فإن كان ما فيه من الدهن مانعاً من التماثل ، لم يجز وإن كان غير مانع من التماثل ، يجوز ، وأما كون المعيار فيه الوزن فيعكره على ما أصّلوه من أن ما استخرجه من مكيل فهو مكيل ، إلا أن يقال . أن ذلك لا يمكن كيله وأنه يتجافى في المكيال/أنظر المجموع للسبكي ٣٨٢/١٠ .

روائحها[1] وقال أصحاب أبي حنيفة : يجوز بيع المطيب بالمطيب متفاضلاً إذا اختلف طيبه ، كدهن الورد بدهن البنفسج[2] .

وقالوا : يجوز بيع المطيب بغير المطيب متفاضلاً ، بأن بيع قفيز سمسم مربًا بقفيزين من غير المربّا .

ويجوز بيع عصير العنب بعصير العنب[3] .

---

(١) قال الرافعي : الأدهان المطيبة كدهن الورد ، والبنفسج ، والنيلوفر ، كلها مستخرجة من السمسم ، فإذا قلنا : يجري الربا فيها ، جاز بيع بعضها ببعض إذا ربى السمسم فيها ، ثم استخرج دهنه ، وإن استخرج الدهن ، ثم طرحت أوراقها فيه ، لم يجز السبكي ٣٨٢/١٠ .

(٢) قال الكمال بن الهمام : واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن ، فيمنع النسيئة كما في المجانسة العينية ، وذلك كالزيت مع الزيتون ، والشيرج مع السمسم ، وتكون باعتبار ما أضيفت إليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل ، حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد ، أصلها واحد ، وهو الزيت أو الشيرج ، فصار جنسين باختلاف ما أضيف إليه من الورد والبنفسج ، نظراً إلى اختلاف المقصود والغرض ، ولم يبال باتحاد الأصل ، وعلى هذا ، دهن الزهر ، ودهن البان ، أصلهما اللوز ، يطبق بالزهر والخلاف مدة ، ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة ، فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلاً وعلى هذا قالوا : لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلاً ، حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب ، وعلى هذا : يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق ، وكذا يجوز بيع دهن مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص ، وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب ، فجعلوا الرائحة فيها بإزاء الزيادة على الرطل/حاشية أحمد شلبي على الزيلعي ٩٤/٤ .

(٣) فإن كانا جنسين كعصير العنب بعصير القصب ، جاز متماثلاً ومتفاضلاً ، مطبوخاً =

قال القاضي حسين رحمه الله : كنت أقول ذلك (وأنا الآن أقول) [١] : لا يجوز كما لا يجوز بيع الرطب بالرطب [٢] .

(وفي بيع الطلاء بالطلاء) [٣] ، والدبس بالدبس وجهان ، وفي بيع الطلاء بالخل والدبس، بالخل وجهان :

ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة (في أضرعها ، فإن باع شاة في ضرعها لبن بشاة) [٤] في ضرعها لبن، لم يجز على المذهب [٥] .

ونيئاً ، وكيف كان يداً بيد ، وكذلك رُب التمر برب العنب ، وعصير الرمان بعصير السفرجل ، وعصير التفاح بعصير اللوز .

ويجوز بيع العصير بعصير متجانس إذا لم تنعقد أجزاؤه ، لأنه يدخر على صفته ، فجاز بيع بعضه ببعض ، كالزبيب بالزبيب/المهذب ١٠/٣٧٩ .

(١) (وأنا الآن أقول) : في أ ، حـ وفي ب وأنا أقول الآن .

(٢) لأنهما ما اتفقا في حال الكمال

(٣) (وفي بيع الطلاء بالطلاء) : في أ ، حـ وفي ب وفي الطلاء بالطلاء

(٤) (في أضرعها ، فإن باع شاة في ضرعها لبن بشاة) : في ب وفي أ تخبط وفي حـ فإن باع شاة في ضرعها ،

(٥) لأن اللبن يدخل في البيع ، ويقابله قسط من الثمن ، والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في مقابلة لبن المصراة صاعاً من تمر ، الترمذي ٣/٥٤٤ .

ولأن اللبن في الضرع كاللبن في الإناء ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم . (لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه ، أيحب أحدكم أن تؤتى خزائنه فينتثل فيها ؟/الفتح الكبير ٣/٣٥٦ ، فجعل اللبن كالمال في الخزانة ، فصار كما لو باع لبناً وشاة بلبن ، ينتثل/ أي يستخرج .

وقال أبو الطيب بن سلمه : يجوز ذلك[1] .

فإن باع دجاجة في جوفها بيض، بدجاجة (في جوفها بيض)[2]، حكي فيه قولان مخرجان من الحمل، هل له حكم، أم لا، وهذا بناء فاسد .

(فإن)[3] بيع الحيوان الحامل بالحيوان جائز قولاً واحداً ، ولا يبنى على القولين وهذه (المسألة)[4] باللبن في الضرع أشبه .

ويجوز بيع السمن بالسمن[5] .

قال الشافعي رحمه الله : الوزن فيه أحوط[6].

---

(١) قال القاضي أبو الطيب : قولاً واحداً وإن كان في الحمل قولان بدليل خبر المصراة ، ولولا أن اللبن يتقسط عليه الثمن لما ألزمه رد بدله ، كما لو اشترى نخله فأثمرت في يده ، أو شاة فحملت وولدت ثم ردها ، ولأن ما في الضرع مثل ما في الخزانة بدليل الحديث الذي ذكره المصنف .

(٢) (في جوفها بيض) : في ب ، حـ وفي أ فيها بيض .

(٣) (فإن): في حـ وفي أ فا

(٤) (المسألة) : في ب ، حـ وفي أ لسلة

(٥) لأنه لا يخالطه غيره ، وقال أبو إسحاق: يباع كيلاً ، لأن أصله الكيل/المهذب ٤٠٧/١٠ .

(٦) قال الشافعي رضي الله عنه في الأم : في باب جماع السلف في الوزن . « لا بأس أن يسلف في شيء وزناً، وان كان يباع كيلاً، ولا في شيء كيلاً، وإن كان يباع وزناً إذا كان لا يتجافى في المكيال، مثل الزيت الذي هو ذائب إن كان يباع في المدينة في عهد النبي ﷺ ومن بعده وزناً، فلا بأس أن يسلف فيه كيلاً، وإن كان يباع كيلا فلا بأس أن يسلف فيه وزناً ، ومثل السمن والعسل ، وما أشبهه من الأدام ، فإن قال قائل . فكيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه =

قال أبو إسحاق المروزي : يباع بعضه ببعض كيلاً .

ومن أصحابنا من قال : إن كان جامداً، ففيه وجهان :

أحدهما: أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض لتعذر الكيل، وأصله الكيل.

والثاني : أنه يباع وزناً .

ولا يجوز بيع الجبن بالجبن[1] .

ومن أصحابنا من حكى فيه : إذا كان يابساً قولين :

أحدهما : أنه إذا تناهى جفافه ، جاز بيعه، وهو قول أبي إسحاق .
والثاني : رواه الربيع أنه لا يصح، وهو الأصح .

وفي بيع الزبد بالزبد وجهان :

أصحهما : أنه يجوز[2] .

= وسلم قلنا : الله أعلم ، فأما ما قل منه فيباع كيلاً ، والجملة الكبيرة تباع وزناً ، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : (لا آكل سمناً ما دام السمن يباع بالأواقي وتشبه الأواقي أن تكون كيلاً). /السبكي ١٠/٤٠٨ .

(١) لأن أجزاءها منعقدة ، ويختلف انعقادها ، ولأن فيها ما يخالطه الملح والأنفحة وذلك يمنع التماثل/المهذب للشيرازي ١٠/٤١٢ .

(٢) كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن ، ولأنهما على غير حالة الإدخار ، وقال الماوردي : وهو أصح عندي ، وبه قال ابن أبي هريرة ، لأن ما في الزبد من بقايا اللبن غير مقصود ، فكان كالنوى في التمر ، وبيع الحليب بالحليب .
والوجه الثاني : المنع ، لأن ما فيه من المخيض يمنع المماثلة ، وهو قريب مما علل به المصنف ، وشبه الإمام ذلك ببيع الشهد بالشهد ، فإن صفات السمن لائحة من الزبد كما العسل في الشهد ، بخلاف اللبن باللبن، فإنه مدرك لجنس كالجنس الواحد /السبكي ١٠/٤٠٩.

ويجوز بيع المخيض بالزبد.

وقال أبو إسحاق: لا يجوز[1] .

إذا كان معه دراهم صحاح، وأراد أن يشتري بها مكسرة أكثر وزناً منها[2] فباعها بذهب ، وتقابضا وتفرقا[3]، ثم اشترى بها مكسرة ، جاز، سواء فعل ذلك مرة واحدة ، أو جعله عادة له[4] .

وحكي عن مالك إنه قال :إن فعل ذلك مرة واحدة ،فلا بأس ،وإن تكرر لم يجز، وكذلك إن تقابضا وتخايرا في المجلس ،ثم تبايعا ، جاز .

وإن تبايعا المكسرة بعد أن تقابضا وقبل أن يتفرقا أو يتخايرا ، صح (التبايع)[5] في أصح الوجهين ، ويجعل دخولهما في (التبايع)[6]

---

(١) لأن في الزبد شيئاً من المخيض ، فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض ، وهذا لا يصح ، لأن الذي فيه المخيض لا يطهر إلا بالتصفية والنار ، فلم يكن له حكم ، وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر ، لأنه يؤدي إلى التفاضل/السبكي ٤١٣/١٠ .

(٢) يبيع الدراهم بالدنانير ، أو الدنانير بالدراهم ، أو بعرض

(٣) وتخايرا

(٤) وقد أطبق جمهور الأصحاب تبعاً للشافعي على ذلك ، مع مخالفةالأئمة الثلاثة ولو كان ذلك في غير أحوال الربا ، جاز أيضاً من غير فرق بين أن يكون العقد الأول حالاً أو مؤجلاً ، فيجوز أن يبيع الشيء إلى أجل

فائدة : قال الشافعي رحمه الله : من باع سلعة من السلع إلى أجل ، وقبضها المشتري ، فلا بأس أن يبيعها من الذي اشتراها منه بأقل من الثمن ، أو أكثر أو دين أو نقد ، لأنها بيعة غير البيعة الأولى

وقال بعض الناس : لا يشتريها البائع بأقل من الثمن/المجموع ١٣٦/١٠

(٥) (التبايع) : في أ ، ب وفي حـ التتابع

(٦) (التبايع) : في أ ، ب وفي حـ التتابع

الثاني (بمنزلة)[1] التخاير ، وهو قول أبي العباس بن سريج :

(فإن)[2] كان مع رجل ديناراً يساوي عشرين درهماً ، ومع آخر عشرة دراهم ، فاشترى منه الدينار بعشرين درهماً ، وسلم إليه العشرة التي معه ، ثم استقرضها منه ، وسلمها عن العشرة الأخرى ، جاز ذلك في أصح الوجهين[3] .

وإن اشترى ثوباً بمائة درهم إلا ديناراً ، لم يصح[4] .

ومن أصحابنا من حكى : أنهما إذا علما قيمة الدينار من الدراهم

---

(١) (بمنزلة) : في ب ، حـ وفي أ منزلة

(٢) (فإن): في أ ، حـ وفي ب وإن

(٣) والوجهان مبنيان على أن القرض متى يملك؟ وعند أبي إسحاق: يبطل هذا الصرف ههنا ، لأنه قبض قبل أن يستقر ملكه عليها ، إلا أنه لا يملكها إلا بالتصرف .

والوجه الثاني : وهو الأصح عند صاحب الشامل ، وشيخه أبي الطيب ، وبه قال الشيخ أبو حامد على ما حكاه صاحب المجرد وقال : إن الشافعي قاله في الصرف نصاً أنه يجوز ، وصححه أيضاً ابن أبي عصرون ، لأنه دفعها قضاء عما عليه ، وذلك تصرف كما إذا اشترى بها النصف الآخر من الدينار / المجموع ١٠ / ١٣٦ .

(فرع) يجوز أن يشتري الدراهم من الصراف ويبيعها منه بعد القبض ، وتمام العقد بالتفرق أو التخاير بأقل من الثمن، أو أكثر ، سواء جرت له بذلك عادة أم لا ، ما لم يكن ذلك مشروطاً في عقد البيع ، قاله الشافعي والأصحاب خلافاً لمالك / المجموع ١٠ / ١٣٦ .

(٤) أو مائة دينار إلا درهماً ، لم يصح فلو قال : بمائة درهم إلا درهماً صح ، هكذا أطلق الأصحاب إذا قال : بعتك بدينار إلا درهماً ، وكان يعلم قيمة الدرهم من الدينار ، أما عشرة أو نصف عشرة ، صح البيع ، لأنه استثناء معلوم من معلوم/المجموع /١٠/١٥١

في الحال ، كان في صحة البيع وجهان ، وما ذكرناه أصح .

فإن أحال بعوض ، الصرف على رجل حاضر معه في المجلس، وقبض من المحال عليه فيه.

فقد ذكر بعض أصحابنا : (أنه يبنى)[1] على أن الحوالة بيع ، أو عقد إرفاق (وفيه)[2] وجهان :

وإن باع ذهباً بذهب جزافاً ، لم يصح[3] .

---

(١) (يبنى) : في ب ، حـ وفي أ سبق

(٢) (وفيه) : في ب ، حـ وفي أ ففيه

(٣) من باع ذهباً بذهب جزافاً لم يصح عند الشافعية .

وعند أبي حنيفة: إن علم المشتري والبائع التساوي بينهما قبل التفرق من المجلس، صح البيع، وإن علما بعد التفرق،لم يصح البيع .أما زفر من الحنفية فإنه قال: يصح سواء علما قبل التفرق أو بعد التفرق/ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١: ١٧.

أما البيع بصبرة الدراهم جزافاً، فيه قولان عند الشافعية كما نقل عن الخراسانيين.

الأول: يكره لما فيه من الغرر، وبه قال الشيرازي وهو الأصح/ المهذب ١: ٢٧٣ والمجموع/ ٩: ٣٤٣.

الثاني : لا يكره البيع ويصح ، لأنها مشاهدة/المجموع ٩ : ٣٤٣ .

قال الشيرازي : لا . فإن باعه بثمن معين جزافاً جاز لأنه معلوم بالمشاهدة ، ويكره ذلك كما قلنا في بيع الصبرة جزافاً/المهذب ١ : ٢٧٣ .

والذي يظهر عند الحنفية : أن الثمن إذا كان جزافاً ، فإنه يصح إذا كان مشاهداً مشاراً إليه ، لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، أما إذا باع بجنسه مجازفة ، فلا يصح إذا كان من الربويات لما فيه من احتمال الربا ، فإذا انتفى التفاضل ، صح البيع ، ولذلك فإنه يصح لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان ، جاز ، لأن المانع إنما هو احتمال الربا ، وهو باحتمال التفاضل ، وهو منتف فيما إذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلها فضة حتى وزنتها فيجوز/ فتح القدير ٥ : ٨٦ والبحر الرائق ٥ : ٢٩٤ .

وحكي في الحاوي عن أبي حنيفة ، أنهما إن علما التساوي بينهما قبل التفرق ، جاز وإن علما بعد التفرق، لم يصح .

وحكي عن زفر : أنه يصح بكل حال .

ولا فرق في الربا بين دار الإسلام ، ودار الحرب ، وبه قال أحمد، ومالك، وأبو يوسف[1] .

وقال أبو حنيفة : لا يحرم الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب[2] .

= والمالكية : أن الجزاف بالدنانير والدراهم وكل ما كان مسكوكاً ، فلا يجوز بيع شيء منها جزافاً ، لأن شأن المسكوك أن يعتبر عدة ، ولذلك كان محل منع بيع المسكوك جزافاً إذا كان التعامل به عدداً ، أو عدداً ووزناً ، لقصد افراده، حينئذٍ المؤدي للمخاطرة والمقامرة ، فإن انفرد التعامل بالوزن جاز ، أما الحلي المكسر والمسكوك المتعامل به وزناً فقط ، يجوز بيعه جزافاً/الفواكه الدواني ٢ : ١٥١ ورسالة أبي زيد القيراواني ٢ : ١٥١ .

(١) الربا في دار الحرب يجري جريانه في دار الإسلام ، لقوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾ وقوله تعالى : ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾ سورة البقرة (٢٧٥) ، وقوله تعالى ﴿يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا﴾ سورة البقرة (٢٧٨)

وعموم الأخبار يقتضي تحريم التفاضل ، وقوله : «من زاد أو ازداد فقد أربى» عام ، وكذلك سائر الأحاديث ، ولأن ما كان محرماً في دار الإسلام ، كان محرماً في دار الحرب كالربا بين المسلمين/أنظر المغنى لابن قدامة ٤/٤٦ .

(٢) وكذلك، إذا تبايعا بيعاً فاسداً في دار الحرب، واستدل على ذلك بقوله ﷺ: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن ما لهم مباح، وبعقد الأمان لم يصر معصوماً ، إلا أنه التزم أن لا يغدرهم ، ولا يتعرض لما في أيديهم بدون رضاهم ، فإذا أخذه برضاهم ، فقد أخذ مالاً مباحاً بلا غدر ، فيملكه بحكم الإباحة السابقة ، إذ تأثير الأمان في تحصيل التراضي دون التملك ، فكان الملك =

ولا يجوز بيع حيوان يؤكل (بلحم)[1] جنسه .

وبه قال أحمد ، ومالك[2] .

= في حق الحربي زائلاً بالتجارة كما رضي به ، وفي حق المسلم ثانياً لاستيلائه على مال مباح بخلاف المستأمن منهم في دارنا ، لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان .

ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فكذلك الحكم عند أبي حنيفة لأن ماله غير معصوم عنده/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٩٧/٤

ورد الجمهور : أن الخبر الذي اعتمد عليه أبي حنيفة مرسل لا نعرف صحته ، ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك ، ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة ، وانعقد الإجماع على تحريمه ، بخبر مجهول ، لم يرد في صحيح ، ولا مسند ، ولا كتاب موثوق به ، وهو مع ذلك مرسل محتمل.

ويحتمل أن المراد بقوله : (لا ربا) النهي عن الربا ، كقوله تعالى ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ سورة البقرة (١٩٧) ، وما ذكره من الإباحة ، منتقض بالحربي إذا دخل دار الإسلام ، فإن ماله مباح إلا فيما حظره الأمان ، ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل ، وهو محرم بالإجماع ، فكذا هنا/المغني لابن قدامة المقدسي ٤٦/٦.

(١) (بلحم) : في ب وفي أ ، حـ لحم .

(٢) قال ابن قدامة : لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، وهو مذهب مالك ، والشافعي ، وقول فقهاء المدينة السبعة ، والدليل : ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان/تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٣ : ١٥٠ رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم : (أنه نهى أن يباع حي بميت) ذكره الإمام أحمد ، وروي عن ابن عباس : (أن جزوراً نحرت ، فجاء رجل بعناق فقال : أعطوني جزءاً بهذا العناق فقال أبو بكر : لا يصلح هذا) قال الشافعي : لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك . =

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، والمزني : يجوز ذلك[1] .

وقال محمد بن الحسن : يجوز ذلك على شرط الاعتبار ، وهو أن يكون اللحم الذي في الحيوان، أقل من اللحم الذي في مقابلته[2].

وإن باع لحم الغنم بالإبل وقلنا : إن اللحمان جنس واحد، لم يجز[3] .

= وقال أبو الزناد: وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ، ولأن اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه ، فلم يجز ، كبيع السمسم بالشيرج ، وبهذا فارق ما قاسوا عليه/المغني لابن قدامة ٤/٢٧ .

(١) لهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون ، لأن الحيوان لا يوزن عادة ، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن ، لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ، ويثقل أخرى ، بخلاف تلك المسألة ، لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن ، إذا ميز بينه وبين التجير ، ويوزن التجير (والتجير : كل شيء يعصر وهو معرب ، قال الأصمعي : التجير : عصارة التمر ، والعامة تقوله بالمثناء وهو خطأ/المصباح المنير ١/١٢٦ ، وانظر الهداية للمرغيناني ٣/٤٨ .

(٢) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم ، والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك ، يتحقق الربا من حيث زيادة السقط ، أو من حيث زيادة اللحم ، فصار كالحل بالسمسم/الهداية للمرغيناني ٣/٤٨ .

(٣) لم يجز بيع لحم شيء من الحيوان بلحم غيره متفاضلاً إلا مثلاً بمثل، فلا يباع لحم العصفور بلحم الجمل إلا سواء بسواء ، وكذلك بقيتها ، وهل يدخل لحم السمك في ذلك ؟ فيه وجهان.

وقال أبو إسحاق: يدخل فيها فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلاً، لأن اسم اللحم يقع عليه والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لتأكلوا منه لحماً طرياً﴾.

ومن أصحابنا من قال : لا يدخل فيه لحم السمك وهو المذهب ، لأنه لا يدخل في إطلاق إسم اللحم ، ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم ، لم يحنث بأكل لحم السمك/المهذب ١/٢٧٩ .

وإن قلنا : إنها أجناس ، ففيه قولان .

أحدهما : يجوز ، وبه قال مالك ، واحد[1] .

والثاني : لا يجوز .

وإن باع اللحم بحيوان لا يؤكل ، ففيه قولان .

أحدهما : يجوز، وهو قول مالك ، وأحمد[2] .

ويجوز بيع اللحم باللحم ، إذا تناهى جفافه، ونزع منه العظم ، وهل يجوز قبل نزع العظم ؟ فيه وجهان .

أصحهما : أنه لا يجوز[3] .

---

(١) إن قلنا : إن اللحوم أجناس، جاز بيع لحم كل جنس من الحيوان بلحم جنس آخر متفاضلاً فيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً ، ولحم بقر الوحش بلحم بقر الأهل ، لأنهما جنسان ، ولا يجوز بيع لحم الضان بلحم المعز ، ولا لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلاً لأنهما نوعان من جنس واحد/المهذب ٢٧٩/١ .

(٢) كحمار وبغل/كشاف القناع ٢٥٥/٣ .

(٣) لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام ، كما لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا بعد التصفية ،
والوجه الثاني: يباع من غير نزع عظامه ولا جفافه، إذا صار إلى الوزن مثلاً بمثل رطلاً برطل ، فأطلق ، ولم يشترط شيئاً ، وذلك لأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة فلم يشترط نزعه ، كالنوى في التمر ، وفارق العسل من حيث أن اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل ، لا من أصل الخلقة/المغني لابن قدامة ٢٤/٣ .

بـــاب
بيع الأصول والثمار[1]

إذا باع أرضاً وفيها غراس، أو بناء ، ولم (يقل)[2] بحقوقها ، فهل يدخل فيه (الغراس)[3] والبناء ؟

---

(١) الأصول ههنا : المراد بها الأشجار ، وكل ما يثمر مرة بعد أخرى ، والمقصود بهذا الباب أمران :
أحدهما : بيان حكم الأصول إذا بيعت فيما يكون تابعاً لها ، وفيما لا يكون ، وفي حكم ذلك
والثاني : الكلام في الثمار إذا بيعت ، وما يختص بها من الشروط التي لا تشترط في المبيعات وشروط المبيع . منها ما هو عام وهي الشروط الخمسة ، ومنها ، ما يختص بالربويات ، ومنها ما يختص بالثمار فأفرده في هذا الباب/السبكي ٤٤٨/١٠ .

(٢) (يقل) : في أ ، حـ وفي ب يعمل ، أنظر المهذب للشيرازي ٤٤٩/١٠

(٣) (الغراس) : في أ ، ب وفي حـ الغرس .
قال أصحاب الشافعي : إذا قال: بعتك هذه الأرض، أو العرصة ، أو الساحة أو البقعة =

نص الشافعي رحمه الله في البيع : أنه يدخل ، وفي الرهن أنه لا يدخل ، واختلف أصحابنا فيه على (ثلاث)[1] طرق .

أصحها : أن (المسألتين)[2] على قولين ، أصح القولين أنه يدخل فيهما[3] .

والثاني : أنه لا يدخل فيهما قولاً واحداً، وتأول (نصه)[4] في البيع .

والثالث : أنه يدخل في البيع، ولا يدخل في الرهن[5] .

فإن قال : بعتك هذه الدار ، دخل في البيع ما كان متصلاً بها فإن كان فيها رحى دخل الحجر التحتاني في البيع، وفي الفوقاني وجهان :

= وكان فيها بناء أو غراس دون ما فيها من الشجر والبناء، لم يدخل في البيع بلا خلاف، وإن قال: بما فيها من البناء والغراس، دخل البناء والغراس بلا خلاف، وكذلك إذا قال بما فيها، أو مع ما اشتملت عليه حدودها، أو حوته أقطارها.

- وإن قال : بعتكها بحقوقها ، فالحكم كذلك على المشهور/السبكي ٤٥٠/١٠

(١) (ثلاث) : في أ ، حـ وفي ب ثلاثة

(٢) (المسألتين) : في ب وفي أ ، حـ المسلمين وهذا خطأ ظاهر

(٣) لأنه متصل بها ، فدخل في العقد عليها كسائر أجزاء الأرض ، والقول الثاني : لا يدخل في الجميع لأن الأرض إسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء المهذب ٤٥٠/١٠ .

(٤) (نصه) : في ب ، حـ وساقطة من أ

لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء، وتأول قوله في البيع عليه إذا قال: بحقوقها المهذب ٤٤٩/١٠.

(٥) لأن البيع عقد قوي يزيل الملك، فدخل فيه الغراس والبناء، والرهن: عقد ضعيف لا يزيل الملك ، فلم يدخل فيه الغراس والبناء /المهذب للشيرازي ٤٥٠/١٠ .

أصحهما : أنه يدخل .

والثاني : أنه لا يدخل .

وحكي فيه وجه ثالث : أن التحتاني أيضاً لا يدخل .

وفي مفتاح الدار وجهان .

أصحهما : أنه يدخل .

وأما الماء في البئر ، ففي كونه مملوكاً (فيه)[1] وجهان :

قال أبو إسحاق : ليس (مملوكاً)[2] ، ولا يملك (الماء إلا بالحيازة)[3] ، فعلى هذا، لا يدخل في البيع، ولكن (المشتري يكون أحق به)[4] .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : هو (مملوك)[5] لمالك الدار ، فيكون الظاهر للبائع، لا يدخل في البيع من غير شرط، ولا يصح البيع من غير شرطه ، وما يحدث للمشتري .

---

(١) (فيه) : في أ ، حـ وفي ب فيها

(٢) (مملوكاً) : في أ ، حـ وفي ب بمملوك

(٣) (الماء إلا بالحيازة) : في حـ وفي أ ، ب (الماء بالحيازة)

(٤) (المشتري يكون أحق به) : في أ ، ب وفي حـ المشترى أحق به ، لأنه لو كان مملوكاً لصاحب الدار ، لما جاز للمستأجر شربه ، لأنه إتلاف عين ، فلا يستحق بالإجارة كثمرة النخل ، والواجب : أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه ، كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرته ، فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار ، غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار/المهذب للشيرازي ٤٧٢/١٠ .

(٥) (مملوك) : في حـ وفي أ ، ب مملوكاً .

وحكم المعدن الظاهر، كالنفط، والغاز، حكم الماء في البئر[١].

فإن كان في الأرض المبيعة، دولاب للماء، فهل يدخل في البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يدخل فيه.

والثاني: لا يدخل وهو قول أبي حنيفة.

ومن أصحابنا من فصل القول فقال: إن كان دولاباً صغيراً يمكن نقله صحيحاً على حاله من غير مشقة، لم يدخل فيه، كالزرنوق، وإن كان كبيراً لا يمكن نقله إلا (متصلاً)[٢] بمشقة (كبيرة)[٣]، دخل في المبيع.

وحكى القاضي حسين رحمه الله في مخبز الخبازين، واجانة القصارين، وصندوق الطحانين وجهين:

وحكى في الحاوي عن أبي حنيفة أنه قال: ما كان من حقوق الدار (خارج الدار)[٤] لا يدخل في البيع، وإن كان متصلاً بها[٥].

---

(١) المعدن على قسمين: باطن وظاهر، وقال القاضي أبو الطيب والماوردي ـ جامد وذائب فالباطن: أي غير متميز عن الأرض، كالذهب والفضة، والرصاص، والنحاس، فإنه يدخل في البيع، لأنه من أجزاء الأرض، ولا فرق بين المعدن وبقية أجزاء الأرض، إلا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض.

والمعدن الظاهر: أي المتميز عن الأرض، وهي أعين للمائع، كالنفط، والقار، والملح والكبريت والزئبق /السبكي ٤/١١.

(٢) (متصلاً): في ب، حـ وفي أ منفصلاً وهذا تصحيف من النساخ

(٣) (كبيرة): في أ، حـ وفي ب كثيرة

(٤) (خارج الدار): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٥) كالظلة لأنها خارجة عن الحدود، مبنية على هواء الطريق، فصارت كالطريق، =

وحكي عن زفر : أنه إذا كان في الدار آلة وقماش، دخل في البيع، وهذا في غاية الفساد[1] .

فإن باع داراً ، وذكر ثلاث حدود منها دون الرابع فإن تميزت بذكر هذه الحدود صح البيع، وإن لم (تتميز)[2]، فالبيع باطل .

وذكر فيه وجه آخر : أن البيع باطل، بإغفال الحد الرابع بكل حال .

فإن اتصل بالدار ساباط على أحد حيطانها، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يدخل فيه .

والثاني : يدخل .

والثالث : تخريج (أبي)[3] الفياض (أنه يعتبر)[4].

وتعتبر الأجداع من الطرفين .

فإن كانت مطروحة على حائط الدار ، دخل في البيع .

وإن كان أحد الطرفين مطروحاً على غير حائط الدار، لم يدخل في البيع .

= ولأنها تابعة للدار من حيث أن قرار أحد طرفيها عليها ، وليست بتابعة لها من حيث أن قرار طرفها الآخر على شيء آخر ، فصارت تابعة من وجه دون وجه ، فتدخل إن ذكر الحقوق ونحوه ، وإلا فلا/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٩٨/٤ .

(١) لم أعثر على هذا القول في كتب الحنفية

(٢) (تتميز) : في أ ، حـ وفي ب تميز

(٣) (أبي) : في أ ، ب وفي حـ ابن والأول هو الصحيح وهو أبو الفياض البصري

(٤) (أنه يعتبر) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

فإن باع نحلاً ، وعليها طلع غير مؤبر، دخل في البيع، وإن كان مؤبراً، لم يدخل فيه وبه قال مالك، وأحمد[1] .

وقال ابن أبي ليلى : الثمرة للمشتري (بكل)[2] حال .

وقال أبو حنيفة : يكون للبائع بكل حال[3] .

وإن باع (فُحَّالاً)[4] وعليه طلع لم يتشقق، ففيه وجهان .

---

(١) لما روى أبن عمر رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع) رواه البخاري ومسلم/أنظر صحيح مسلم ١٩١/١١ ولفظهما : من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، وفي لفظ المسلم : (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر) صحيح مسلم ١٩١/١١ .

وأصل الآبار عند أهل العلم: التلقيح، ويقال: أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد، فهي مؤبرة ومأبورة، ومنه قول النبي ﷺ:(خير المال: سكة مأبورة) الفتح الكبير ١٣٠/٢. والسكة: النخل المصفوف، وفسر الخرقي المؤبر، بما قد تشقق طلعه لتعلق الحكم بذلك/ المغني لابن قدامة ٧٥/٤.

والحديث : جعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة ، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ، ولأن ثمرة النخل كالحمل لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع ، والحمل الظاهر لا يتبع ، فكذلك الثمرة .

قال الشافعي رحمه الله : وما شقق في معنى ما أبر ، لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر المهذب ٢١/١١ .

(٢) بكل في ب ، وفي أ ، حـ لكل .

(٣) لقوله عليه الصلاة والسلام : (من اشترى أرضافيها نخل فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع) الهداية مع فتح القدير ٢٨٣/٦ ـ ٢٨٤/سنن ابن ماجه ٧٤٥/٢ .

(٤) (فحالاً) : في أ ، ب وفي حـ قحالا وهذا من النساخ . =

أصحهما : أنه يدخل في البيع كطلع الإناث[1] .

والثاني : أنه بمنزلة المؤبر .

فإن كان قد أبر بعض الحائط دون البعض، جعل الجميع كالمؤبر[2] .

وقال أبو علي بن خيران: إن كان نوعاً واحداً، جعل غير

= الفحال: بضم الفاء والحاء مهملة مشددة وآخرها لام، ذكر النحل، وقال ابن فارس: الفحال، فحال النخل، وهو ما كان من ذكوره فحلاً لإناثه، وقال ابن قتيبة، وهو فحال النخل، ولا يقال: فحل، ولذلك اعترض معترض على الشافعي رضي الله عنه، فإن الشافعي قال: وإن كان فيها فحول، فقال هذا المعترض، إن هذا خطأ لأنه لا يقال في النخل فحل، ولا في جمعه فحول، وإنما يقال: فحال وجمعه فحاحيل، وأجاب أصحاب الشافعي: بأن كل واحد منهما جائز في اللغة وقد ورد به الشعر، قال الشاعر:

تأبدي يا خيرة العسل   تأبدي من جيد فسل

إذا ضن أهل النخل بالفحول

(١) لأنه طلع لم يتشقق ، فدخل في بيع الأصل كطلع الأناث .

والوجه الثاني: أنه لا يدخل في بيع الأصل، لأن جميع الطلع مقصود مأكول، وهو ظاهر فلم يتبع الأصل كالتبن/ المهذب للشيرازي ١١: ٤٢ .

قال الماوردي: هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإناث، هل يقاس على الحمل قياس تحقيق، أو قياس تقريب؟ قال بعضهم: قياس تحقيق، فعلى هذا: لا يصير طلع الفحال مؤبراً إلا بالتشقق. وقال آخرون: بل قياس تقريب اعتباراً بالعرف، فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبراً اعتباراً بالعرف/ السبكي ١١: ٤٣.

(٢) ويكون الجميع للبائع ، لأنا لو قلنا : إن ما أبر للبائع ، وما لم يؤبر للمشتري ، أدى إلى سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ، فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر ، ولم يجعل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر ، لأن الظاهر لا يتبع الباطن . ولهذا جعلنا أساس الدار تابعاً لظاهرها في تصحيح البيع ، ولم نجعل ظاهرها تابعاً للباطن في إفساد البيع/المهذب للشيرازي ١١ : ٤٧ .

المؤبر (تابعاً)[١] للمؤبر وإن كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر تابعاً للمؤبر[٢] .

والمذهب : الأول .

فإن تشقق بعض طلع الفحال دون البعض ، وقلنا : يعتبر فيه التشقق فهل يتبعه طلع الإناث؟[٣] فيه وجهان :

ذكر في الحاوي : (أن)[٤] أصحهما أن (لا يتبع)[٥] ويجعل بمنزلة جنس آخر .

فإن كان له حائط قد اطلع بعضه دون بعض، فابر المُطْلِعَ، ثم باع الحائط ثم أطلع الثاني ، ففيه وجهان :

أحدهما : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، إن الطلع الحادث للمشتري[٦] .

---

(١) (تابعاً) : في ب ، حـ وفي أ يابعاً ، وهذا تصحيف ظاهر

(٢) أي من نوع آخر ، لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره ، والنوعان يختلف ظهورهما المهذب/ ٤٧/١١.

(٣) لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدي وذلك ، يوجد في النوعين ، كما يوجد في النوع الواحد ، وأما إذا كان له حائطان ، فأبر أحدهما دون الآخر ، وباعهما فإن المؤبر للبائع ، وما لم يؤبر للمشتري ، ولا يتبع أحدهما الآخر ، لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، فاعتبر منهما بنفسه/المهذب للشيرازي ٤٧/١١.

(٤) (أن) : في أ ، ب وفي حـ ساقطة

(٥) (لا يتبع) : في حـ وفي أ ، ب لا يبع والأول هو الصحيح .

(٦) لأنه حادث في ملكه ، فلا يصير للبائع ، بل يكون للمشتري ، لأنه من طلع العام المستقبل .

=

والثاني : أن الجميع للبائع .

(فإن)[1] أبر بعض الحائط دون بعض (فأفرد)[2] ما لم يؤبر بالبيع (ففيه)[3] وجهان :

أحدهما : أنه للبائع[4] .

والثاني : أنه للمشتري[5] .

= أما إذا كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان .

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة، وأدعى الماوردي أنه الأصح، وتبعه ابن أبي عصرون، إن ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر، بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه.

والثاني : وهو قول أبي حامد الاسفراييني وقال: إنه المذهب ، أنه يتبع فيكون للبائع خوفاً من سوء المشاركة ، كما أنا جعلنا ما لم يؤبر تبعاً لما أبر ، خوفاً من سوء المشاركة ، وفرق الماوردي منتصراً لقول ابن أبي هريرة : بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه ، ويلزم فيه بالشرط فجاز أن يصير تبعاً لما قد استثناه العقد .

قال : ولو كان التعليل المذكور صحيحاً ، كان بيع ما لم يخلق تبعاً لما خلق ، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه ، قال : وفيما ذكرنا من ذلك دليل على ضعف قوله ، وفساد تعليله يعني أبا حامد ، المجموع والمهذب ١١/٥١ ـ ٥٢ .

(١) (فإن) : في أ ، حـ وفي ب وإن

(٢) (فأفرد) : غير واضحة في حـ

(٣) (ففيه) : في ب ، حـ وفي أ فيه

(٤) لأنا جعلناه في الحكم كالمؤبر ، بدليل : أنه لو باع الجميع ، كان للبائع ، فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع/المهذب ١١/٥١

(٥) لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه ، فيصير تابعاً له ، فأما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله/المهذب للشيرازي ١١/٥١ .

إذا باع أرضاً وفيها كُرْسف يزرع في كل سنة، لم يتشقق جوزه فالبيع في القطن باطل، وفي الأرض على القولين (في)[1] تفريق الصفقة[2] .

وإن باع شجراً غير النخل، والكرسف[3] ، فإن كان مما يقصد ورده، وكان يخرج في كمام، فهو كثمرة النخل إذا لم يتفتح (جنبذه) [4] بيع .

وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق : أنه للبائع وإن لم يتفتح عنه الجنبذ، وذكر أنه ظاهر كلام الشافعي رحمه الله .

قال الشيخ أبو نصر رحمه الله: والأول أقيس .

وإن كان مما يقصد ورقه، كالتوت ففيه وجهان :

---

(١) (في) : في ب ، حـ وفي أ (وفي)، والأول هو الصحيح

(٢) الكرسف : القطن ، وهو بضم الكاف وسكون الراء ، وضم السين المهملة بعدها فاء.

والكرسف نوعان : نوع يبقى في الأرض سنين ، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز ، وتهامة ، والشام ، والبصرة ، والبلاد الحارة ، فهو شجر شبيه بالنخل ، ويتشقق الجوز ، فيؤخذ القطن منه ، ويترك القشر على الشجر ، كما يترك كمام الطلع على الشجر ، ونوع : شجر يحمل في كل سنة ، وتخرج ثمرته في كمام وتتشقق عنه كالنخل .

(٣) الأشجار إما أن يقصد منه الورد ، وإما أن يقصد منه الورق وإما أن يقصد منه الثمر

(٤) (جنبذة) : في أ ، حـ جنبذة أي كمامه وفي ب جنبزه ، فإن كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر ، وإن كان خارجاً من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر ، وإن كان لا كمام له كالياسمين ، كان ما ظهر منه للبائع ، وما لم يظهر للمشتري/المهذب للشيرازي ٥٧/١١ .

أحدهما : (أنه إن)[1] لم يتفتح للمشتري .

والثاني : أنه للمشتري بكل حال[2] .

فأما ما يقصد (ثمرته)[3] (فخرج)[4]، وعليه قشرات ، كالجوز، واللوز والرانج فالمنصوص أنه كالرمان ، لا يدخل في البيع[5] .

ومن أصحابنا من قال : إنه يدخل في البيع ما لم يتشقق عنه القشر الأعلى[6] .

وأما ما يكون في نور يتناثر عنه، كالتفاح، والكمثرى، ففيه وجهان :

قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد : هو كثمرة النخل ، إن تناثر عنه النور للبائع، وما لم يتناثر عنه للمشتري، وهو ظاهر المذهب[7].

قال الشيخ أبو حامد : هو للبائع، وإن لم يتناثر عنه النور[8] .

---

(١) (أنه إن) : في ب ، حـ وفي أ إنه لم ، وإن تفتح فهو للبائع ، لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار .

(٢) تفتح أو لم يتفتح ، لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار ، وليس كالثمر ، لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه/المهذب للشيرازي ١١/٥٧.

(٣) (ثمرته) : في ب وفي أ ، حـ قشرته

(٤) (فخرج) : في أ ، ب ، وفي حـ فيخرج

(٥) لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان .

(٦) لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع .

(٧) لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر في الطلع ، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة ، فكان في الحكم مثلها .

(٨) لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر ، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل =

فإن باع أرضاً (وفيها نبات)[1] غير الشجر ، فإن كان (مما لا يحمل)[2] في السنة إلا مرة ، كالحنطة، والشعير، لم يدخل في البيع، وفي صحة البيع في الأرض طريقان :

أصحهما : أنه يصح قولاً واحداً[3] .

والثاني : أنه على قولين ، كبيع العين المستأجره ، وإذا قلنا : يصح لم يجب قطع الزرع[4] وقال أبو حنيفة: يجب قطعه[5] .

= بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور/المهذب للشيرازي ٦٧/١١.

وأما إذا كان له أصل يحمل مرة أخرى كالرطبة ، والبنفسج ، والنرجس ، والنعنع والهندبا ، والبطيخ ، والقثاء ، دخل الأصل في البيع ، وما ظهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار/المهذب للشيرازي ٧١/١١.

(١) (وفيها نبات) : في ب ، حـ وفي أ فيها سات وهذا تصحيف .

(٢) (مما لا يحمل) : في ب ، وفي أ ، حـ ما لا يحمل

(٣) لأن البيع في يد المشتري ، وإنما يدخل البائع للسقي أو الحصاد ، فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوجة ، والدار المشحونة بأمتعة البائع ، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة ، بأن يد المستأجر حائلة بكل حال ، فكان كما لو أجر أمته ثم باعها ، بطل البيع على أحد القولين ولو زوجها ثم باعها ، صح البيع قولاً واحداً/المهذب والمجموع للسبكي ٨٤/١١

(٤) لأنها في يد البائع إلى أن يحصد الزرع ، فكان في بيعها قولان كالأرض المستأجرة المهذب للشيرازي ٨٤/١ .

(٥) لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع ، فكان عليه تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متاع ولا فرق بين ماذا كان الثمر بحال له قيمة ، أو لم يكن في الصحيح ، ويكون في الحالتين للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على =

فإن شرط الزرع في بيع الأرض، والحب منعقد فيه ، وقلنا : يصح بيعه منفرداً، صح (بيع)[1] الأرض، وإن قلنا ، لا يصح بيعه منفرداً ، فقد حكى في الحاوى فيه وجهين :

أحدهما : أنه يصح .

فإن باع أرضاً[2] وفيها بذر مع البذر، ففيه وجهان :

أصحهما : أنه لا يصح البيع في البذر، وأما الأرض، فيبطل العقد فيها أيضاً إذا قلنا، أن الصفقة لا تفرق، أو قلنا تفرق ويمسك الجائز بحصته من الثمن (وإن)[3] قلنا : بمسكه بجميع الثمن، صح في الأرض .

والوجه الثاني : أن البيع يصح في البذر تبعاً للأرض .

ذكر في الحاوي: أنه إذا باع غلاماً وعليه ثياب، أو أمه وعليها حلي، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : أنه يدخل في البيع جميع ما عليه .

وقال قوم : يدخل في البيع قدر ما يستر به عورته .

وقال جميع الفقهاء : لا يدخل ذلك في البيع .

ولا يدخل الحبل، والمقود واللجام، في بيع الدابة .

= ما تبين ، فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر، الهداية مع فتح القدير ٦/٢٨١ - ٢٨٥ .

(١) (بيع) : في أ ، ب وفي حـ مع

(٢) (أرض) : في أ وحـ وساقطة من ب

(٣) (وإن) : في أ ، ب وفي حـ فإن

وقال قوم : يدخل الحبل والمقود في بيعها .

إذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع ، لم يكلف قطع الثمرة إلى أوان الجداد في العادة ، وبه قال مالك ، وأحمد(١) .

وقال أبو حنيفة : يلزمه قطعه في الحال(٢) .

---

(١) (إذا باع الشجرة ، وبقيت الثمرة للبائع ، فإن شرط القطع في الحال لزمه ، وإن أطلق ، فليس للمشتري تكليفه القطع في الحال ، بل له الإبقاء إلى أوان الجذاذ ، وقطاف العنب ، فإذا جاء وقت الجذاذ ، لم يمكن من أخذها على التدريج ، ولا أن يأخذها إلى نهاية النضج ، ولو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعه قبل النضج ، كلف القطع على العادة/روضة الطالبين ٥٥٢/٣ .

وقال ابن قدامة المقدسي : إن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة ، كما لو باع داراً فيها طعام ، لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك ، وهو أن ينقله نهاراً شيئاً بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلاً ، ولا جمع دواب البلد لنقله ، كذلك ههنا يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها ، وهو أوان جزازها ، وقياسه حجة لنا لما بيناه .

إذا تقرر هذا : المرجع في جزه إلى ما جرت به العادة ، فإذا كان المبيع نخلاً فحين تتناهى حلاوة ثمره إلا أن يكون بسره خير من رطبه ، أو ما جرت العادة بأخذه بسراً ، فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره ، لأن هذا هو العادة ، فإذا استحكمت حلاوته ، فعليه نقله وإن قبل بقاؤه في شجره خير له وأبقى ، فعليه النقل ، لأن العادة في النقل قد حصلت وليس له أبقاؤه بعد لذلك ، وإن كان المبيع عنباً أو فاكهة سواه فأخذه حين يتناهى إدراكه وتستحكم حلاوته ويجز مثله/ المغني لابن قدامة المقدسي ٧٧/٤ .

(٢) لأنه مال متقوم ، أما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني ، وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع ، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع .

وإن شرط تركها على النخيل ، فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير ، أو هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف =

وإن أصاب النخل عطش، وخاف أن يشرب (الثمرة)[1] الماء من أصل النخل، فتهلك ففيه قولان :

أحدهما: أنه لا يكلف البائع قطع الثمرة [2] .

والثاني : أنه يكلف قطعها[3] .

فإن احتاج أحدهما [4] إلى سقي ما له ، وكان على الآخر ضرر في السقي، وتشاحا، ففيه وجهان :

قال أبو إسحاق : يفسخ العقد .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : يجبر الممتنع منهما عليه [5].

= رحمهما الله لما قلنا ، واستحسنه محمد رحمه الله للعادة ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها ، لأنه شرط فيه الجزء المعدوم ، وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر/الهداية مع فتح القدير ٢٨٨/٦ ،

(١) (الثمرة) : في ب ، حـ وساقطة من أ

(٢) لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار إلى الجذاذ فلزمه تركه

(٣) لأن المشتري إنما رضي بذلك إذا لم يضر به ، فإذا أضر به ، لم يلزمه تركه/المهذب للشيرازي ٩٩/١١ .

(٤) لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الأضرار ، فوجب أن يفسخ .

(٥) لأنه حين دخل في العقد ، رضى بدخول الضرر عليه ، لأنه يعلم أنه لا بد من السقي ، ويجب أجرة السقي على من يبقى ، لأن منفعته تحصل له/المهذب ٩٩/١١ .

إذا احتاج أحدهما إلى سقي ما له، ولم يكن على الآخر ضرر ، جاز له أن يسقيه ، وفيها صورتان :

أحدهما : أن يكون المحتاج البائع

والثانية : أن يكون المحتاج المشتري . =

....

= قال الماوردي : للبائع أن يسقي ، وعلى المشتري أن يمكنه ، ومؤنة السقي على البائع ، لما فيه من صلاح ثمرته ، وإن كان لنخل المشتري فيه صلاح ، إلا أن الأغلب من حال السقي صلاح الثمرة ، والنخل تبع ، فلو امتنع البائع من السقي ، لم يجبر ، وقيل للمشترى : إن أردت سقي نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه/السبكي ١١/١٠٠

والأصح من القولين لحاشية (٦,٥) القائل بالإجبار ، وذلك بأن ضرر الأصول أكثر ، وقسم الماوردي مسألة السقي تقسيماً حسناً وهي : أن السقي إما أن يكون ممكناً أو متعذراً ، فإن كان متعذراً ، فأما لا عواز الماء ، أو لفساد آلته .

فإن كان لإعواز الماء ، سقط حكم السقي ، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب ،

الأول : أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعاً ، فقطع الثمرة واجب ، ولصاحب النخل إجباره ، لأن تركها مضرة للنخل بلا منفعة له

الثاني : أن لا يضر واحد منهما ، فله ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ

والثالث : أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة ، فالخيار .

والرابع : أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان :

وإن كان تعذر السقي لفساد الآلة أو المجاري ، أو طم الآبار ، فأيهما لحقه بتأخير السقي ضرر ، كان له إصلاح ما يوصله إلى الماء ، فإن كان ذلك مضراً بالنخل ، وجب على مشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته ، وإن كان مضراً بالثمرة ، لزمه ذلك أو يقطعها ، وإن كان مضراً بهما جميعاً ، لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه/السبكي ١١/١٠٠

فصـل

ولا يجوز بيع الثمرة، والزرع، قبل بدو الصلاح[1] من غير شرط

---

(١) معنى بدو الصلاح : وبدو الصلاح عند الحنفية : أن تأمن الثمار من العـاهة والفساد فتح القدير ٥/١٠٢ وعند المالكية : بدو الصلاح في الثمر الإزهاء ، وهو أن تبدو فيها الحمرة أو الصفرة وهو النضج وفي التين أن يطيب وتوجـد فيه الحلاوة ، ويظهر السواد في أسوده ، والبياض في أبيضه ، والعنب كذلك بأن ينحو أسوده إلى السواد ، وأبيضه إلى البياض مع النضج ، وبدو صلاح الجزر واللفت ، والفجل والثوم ، والبصل إذا استقل وانتفع به ، أو أنه إذا قلع لم يفسد ، وقصب السكر إذا طاب ، والبر إذا يبس ، وبدو صلاح الفول والحمص والعدس والورد وسائر الأنـوار ، أن تتفتح أكمـامه ويـظهر نـوره ، وكل ثمـرة بحسبها ، وبدو صلاح الموز إذا بلغ في شجره قبل أن يطيب .

قال القاضي أبو الوليد : (ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بيعه ويبلغ أوله مبلغه إذا أزيل عن أصله ، تهيأ فيه تمام النضـج ، فإنه إذا أزيل عن أصله قبل تناهيه ، فسد ولم يتم نضجه/المنتقى للباجي ٢١٨/٤ ، والبهجـة للتسولي ٣٠/٢ ـ ٣١ والقوانين الفقهية لابن جزيء ٢٥٢ . =

القطع، وبه قال مالك وأحمد(١) .

= وبدو الصلاح عند الشافعية : يختلف باختلاف الأجناس ، فبدو الصلاح في ثمار النخل الاحمرار ، والاصفرار ، وفي الكرم بالثمرة إلى الحمرة أو السواد/الحاوي للماوردي ٥/٢٨٩ .

وبعض الشافعية قال : بدو الصلاح بظهور النضج ومبادىء الحلاوة ، وزوال العصوصة أو الحموضة المفرطتين وذلك فيما لا يتلون بأن يتموه ، ويلين فيما يتلون بأن يحمر أو يصفر أو يسود/الواضح النبيه ٥/٢٢٢ ، وبدو الصلاح عند الحنابلة ، في النخل أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة ، وفي ثمرة الكرم أن تتموه وما سوى النخل والكرم ، أن يبدو فيها النضج .

والرأي الجامع لهم : أن ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه ، فبدو صلاحه بذلك ، وإن كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه ، بأن يحلو وإن كان مما لا يتغير لونه ، كالقثاء ، بلوغه أن يؤكل عادة/المغني لابن قدامة ٤/٦٩ ،

(١) لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها) رواه البخاري، أنظر البخاري مع فتح الباري ٥/٣٠٠ .

وبما روى سعد عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع ثمرة حتى تشقح ، قيل : وما تشقح ؟ قال حتى تحمار وتصفار ويؤكل منها/رواه البخاري أنظر البخاري مع فتح الباري ٥/٣٠١- ٣٠٢

وبما روى أبو هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع النخل حتى تحرز من كل عارض/ سنن أبي داود ٢/٢٢٧ ، وانظر الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٦

وبما روي عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى ، قيل : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمر قال : أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه/ فتح الباري ٥/٣٠٢- ٣٠٣

ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ، ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً ، لم يكلف نقله حتى يصبح ، والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ ، فإذا باعها قبل بدو الصلاح ، لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز .

وقال أبو حنيفة : يصح بيعها مطلقاً ، (ويقتضي)[1] ذلك القطع وعندنا: يقتضي التبقية .

فإن باع الثمرة من صاحب الأصول ، قبل بدو الصلاح مطلقاً، لم يصح البيع في أصح[2] الوجهين: [3]

وإن باع الثمرة بعد بدو الصلاح جاز بكل حال، وبه قال مالك وأحمد.

---

(١) (ويقتضي) : في أ ، حـ وفي ب ويقضي .

(٢) إن إطلاق العقد يقتضي التبقية ، والبيع بشرط التبقية ، لا يصح ، سواء كان قبل الصلاح أو بعد الصلاح ، وبشرط القطع يصح بما قبل الصلاح وما بعد الصلاح .

ثم إن الأحاديث التي وردت بالنهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، كان الاستدلال بها من وجهين :

الأول : أن النهي موجه إلى المعهود من البياعات ، والمعهود من البيع ، إطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجهاً إلى البيع المطلق ودون المقيد ،

والثاني : أن النهي لا يخلو من أن يتوجه إلى بيعها بشرط القطع ، أو على شرط الترك ، لأن النهي ورد مطلقاً ، فثبت أنه محمول على البيع المطلق ، ولأن إطلاق العقد ، يقتضي التبقية والترك ، لأن العرف في القبض يجري مجرى الشرط ، والعرف في الثمار ، أن يوجد وقت الجذاذ ، فصار المطلق كالمشروط تركه، ومعلوم أن اشتراط تركها مبطل للبيع، فكذا اطلاق عقدها الذي يجري بالعرف مجرى اشتراط تركها، فيجب أن يكون مبطلاً للبيع ولأنها ثمرة لم يبدو صلاحها، فوجب أن لا يصلح أفراد بيعها من غير اشتراط قطعها، قياساً على بيعها بشرط الترك/ الحاوي للماوردي ٢٨٧/٥، والمجموع ٣٣٢/١١ - ٣٢٣، والمنتقى ٢١٨/٤ - ٢١٩، والمغني لابن قدامة ٦٣/٤، وكتابنا نظرية الغرر: ١ : ٤٠١.

(٣) (فيها) : في ب وفي أ ، حـ فيه .

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعها بشرط التبقية، إلا أن محمداً قال: إذا تناهى عظمها يجوز (فيها) شرط التبقية[1].

فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط، فباع ما لم يبد صلاحه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز إفراده.

والثاني: لا يجوز.

وهل يكون بدو الصلاح في نوع من الجنس (بدواً للصلاح)[2] في غيره من ذلك الجنس؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يضم إليه في جواز البيع.

والثاني: أنه لا يضم إليه، وهو الأصح.

(وإنما يتبعه)[3] ما كان معه في البستان، فأما ما كان في حائط آخر، فلا يتبعه في جواز البيع، وبه قال أحمد.

وقال مالك: يجوز بيع ما جاوره إذا كان الصلاح معهوداً لا منكراً.

---

(١) إذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها، وشرط في العقد تركها إلى وقت الجذاذ، فبيعها جائز ويلزم تركها عند الشافعي، ومالك، وأحمد، وداود، ومحمد بن الحسن الشيباني/الحاوي للماوردي ٣٨٨/٥، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: بيعها فاسد احتجاجاً بأنها عين بيعت بشرط تأخير القبض، فوجب أن يكون بيعها فاسداً كالعروض والأمتعة، ولأنها ثمرة بيعت بشرط الترك فوجب أن يكون بيعها فاسداً، كالثمرة التي لم يبد صلاحها/المبسوط للسرخسي ١٩٦/١٢.

(٢) (بدوا للصلاح): في ب وفي أ، حـ بدوا لصلاح.

(٣) (وإنما يتبعه): في ب، حـ وفي أ وأما بيعه

حكي في الحاوي عنه :(أنه)[1] إذا بدا الصلاح في نخلة، جاز بيع ثمار جميع البلد .

وقال الليث : إذا بدا الصلاح في جنس من الثمرة في الحائط، جاز بيع جميع أجناس الثمار في ذلك الحائط .

فإن باعه ثمرة قد بدا صلاحها (فاحتاجت)[2] إلى سقي، فعلى من يكون؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يكون على المشتري [3].

والثاني : أنه على البائع[4] .

(وأصل)[5] ذلك الجائحة إذا أصابت الثمرة، فإنها تكون في ضمان المشتري على قوله الجديد، فيكون السقي عليه .

والثاني : يكون من ضمان البائع، فيكون (عليه السقي)[6]

فإن باع الثمرة الظاهرة، وما يظهر بعد ذلك، لم يصح البيع، وبه

---

(١) ،(أنه): ساقطة من ب وموجودة في أ ، حـ .

(٢) (فاحتاجت) : في ب ، حـ وفي أ واحتاجت

(٣) لأن الثمرة له

(٤) لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد، وذلك لا يحصل إلا بالسقي فلزمه/المهذب ١٥٢/١١ .

(٥) (وأصل) : في ب وفي أ ، حـ حاصل وهو تصحيف من النساخ

(٦) (عليه السقي) : في أ ، ب وفي حـ مكتوبة ولكنها مشطوبة .

قال أبو حنيفة وأحمد[1]،

---

(١) أذكر ما كتبه الشافعية فقط ، وللك أن تعود إلى كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية جـ ١ : ٣٩١ـ ٤٢٠ ، ففيه فائدة كبيرة، قالت الشافعية : وذلك إذا بدا صلاح ما خرج من القثاء ، والبطيخ ، لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعاً لما خلق، استدلالاً بأن شروط العقد معتبرة بالضرورة، فبيوع العروض لا يجوز قبل وجودها لارتفاع الضرورة، وإمكان بيعها بعد وجودها ، وإلا جازه : وهي بيوع المنافع قبل وجدها لوجود الضرورة، ويعتبر بيعها بعد وجودها ، فلما كان ما لم يخلق من القثاء والبطيخ يتعذر بيعه إذا خلق لاختلاطه بالأول ، دعت الضرورة إلى بيعه قبل أن يخلق تبعاً لما خلق ، قال : ولأنه لما كان مما لم يبدو صلاحه ، تبعاً لما بدا صلاحه في البيع ، جاز أن يكون ما لم يخلق تبعاً لما خلق في البيع ، ولأنه لما جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي لا يتميز كالطول والكبر ، جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي تتميز ، لأنهما جميعاً بيع ما لم يخلق ، ودليلنا : نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر .

وهذا البيع من أعظم الغرر ، لأنه يتردد بين الموجود ، والمعدوم ، وبين القلة والكثرة ، وبين الرداءة والجودة ، ولأنه النخل أثبت من البطيخ أصلاً ، وحمله أقل من البطيخ حصراً ، فلما لم يجز بيع ما لم يخلق من ثمر النخل تبعاً ، لما خلق فأولى أن لا يجوز بيع ما لم يخلق من البطيخ تبعاً لما خلق ، وتحريره قياساً : إنها ثمرة لا يجوز إفرادها بالعقد ، فوجب إن لم تدخل في البيع بغير شرط ، أن لا يدخل منه بالشرط كالنخل ، ولأنه لما لم يجز بيع ما لم يبد صلاحه مع وجوده ، وقلة غرره ، فبيع ما لم يخلق أولى أن لا يجوز مع عدمه وكثرة غرره .

علة المنع عند الشافعية :

عدم القدرة على التسليم .

أما الحنابلة، فمذهبهم كمذهب الحنفية والشافعية فيما قدمناه، بأنه لا يجوز بيع القثاء، والخيار، والباذنجان وما أشبهه إلا لقطة لقطة/ أنظر =

وقال مالك : يصح[1] .

فإن باع نخلاً وعليها طلع، لم يؤبر واستثناه، صح استثناؤه من غير شرط القطع.

= الحاوي للماوردي ٢٩٢/٥ - ٢٩٣، والأم ١٧/٣،ونهاية المحتاج ١٥٥/٤ - ١٥٦، وحاشية الشبراملسي ١٥٥/٤، وحاشية المغربي الرشيدي ١٥٦/٤، والمهذب للشيرازي ٢٨٩/١، ومغني المحتاج ٩٢/٢، وفتح الوهاب ١٨٣/١، ومنهج الطلاب بهامشه ، وإعانة الطالبين وفتح المعين ٤١/٣ ، والسراج الوهاج للغمراوي ومتن المنهاج ٢٠١ ، وقليوبي وعميره ٢٣٧/٢ ، والبجيرمي ٣٠٩/٢ ، وانظر الزيلعي ١٢/٤ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١٩/٢ ، ودر المنتقى على شرح الملتقى ١٩/٢ ، وتحفة الفقهاء ٨١/٢ ، وكشاف القناع ٢٨٢/٣ ، والكافي ٧٨/٢ ، والروض المربع ١٨٥ ، وزاد المستقنع والتنقيح المشبع ١٣٧ ، ومطالب أولى النهي ٢٠٠/٣ ، وبدائع الصنائع ١٣٩/٥ ، والمبسوط ١٩٦/١٢ - ١٩٧، وفتح القدير ١٠٥/٥ .

(١) قسمت المالكية بيع ما يتلاحق إلى ثلاثة أضرب :

الأول : تتميز بطونه ولا تتصل ، كشجرة التين ، والنخيل ، والياسمين ، والتفاح ، والرمان ، والجوز .

الثاني : تتميز بطونه وتتصل ، كالقصيل ، والقصب ، والقرط

الثالث : لا تتميز بطونه ، كالمقاثى ، والباذنجان ، والقرع .

أما ما يتميز بطونه ولا تتصل ، فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه بظهور ما ظهر منها ، وبدو صلاحه ، ولكل بطن حكم مختص به ، وأما الذي تتصل بطونه وتتميز ، فإطلاق العقد يتناول ما ظهر منه ، دون ما لم يظهر ، وتكون الثمرة التي تخلف البطن الأول لمن له أصله لأن العادة جرت بين الناس ، أن المشتري يأخذ ما جرت به العادة فقط .

وأما ما لا تتميز بطونه كالقثاء فبطونها لا يجوز أن تباع مقدره ، لأنه يصح تقديرها ، وإذا لم يكن له أصل ثابت ، فلا يصح أن يتقدر بالزمن ، وذلك أن الثمر يتعجل بالحر ، ويتأخر بالبرد فيدخله الغرر ، والجهل بالمعقود عليه/المنتقى ٢٢٣/٤ - ٢٢٤

(ومن أصحابنا من قال: لا يصح إلا بشرط القطع)[1] .

وأصل ذلك : إذا باعه داراً ، وشرط لنفسه سكناها شهراً (ففيه)[2] قولان :

أحدهما : يصح .

والثاني : لا يصح .

والقول الأول في السكنى لا يجيء على أصلنا، وإنما يجيء على قول ابن (أبي)[3] ليلى .

فإن اشترى ثمرة على شجرة ، فلم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى، واختلطت بالأولى ولم يتميز، أو اشترى حنطة، فلم يقبضها حتى (انثالت)[4] عليها حنطة أخرى (ففيه)[5] قولان :

أصحهما : أن البيع ينفسخ[6] .

---

(١) (ومن أصحابنا من قال : لا تصح إلا بشرط القطع) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٢) (ففيه) : في حـ وفي أ ، ب فيه

(٣) (أبي) : في أ ، ب وساقطة من حـ .

(٤) (انثالت) : في ب ، حـ وفي أ انسالت .

(٥) (ففيه) : في ب ، حـ وفي أ ففيها

٦) وهو الصحيح ، لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد ، فإن البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله ، فإن رضي البائع بتسليم ماله ، لم يلزم المشتري قبوله ، وإذا تعذر تسليم المعقود عليه ، بطل العقد ، كما لو تلف المبيع .

والثاني : لا ينفسخ (١) .

فإن اشترى شجرة عليها ثمرة للبائع، فلم يأخذها حتى حدثت ثمرة للمشتري واختلطت (ولم تتميز)(٢)، ففيه طريقان :

قال: أبو علي بن خيران، وأبو علي الطبري: لا ينفسخ قولاً واحداً(٣) .

وقال المزني، وأكثر أصحابنا: أنها على قولين (كالمسألة)(٤) قبلها (٥) .

وإن اشترى رطبة بشرط القطع، فلم يقطعها حتى زادت، ففيها طريقان :

أحدهما : أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً(٦) .

---

(١) لأن المبيع باق ، وإنما انضاف إليه زيادة ، فصار كما لو باع عبداً فسمن ، أو شجرة فكبرت فإن قلنا : لا ينفسخ ، قلنا : للبائع : إن سَمَحْتَ بحقك أقر العقد ، وإن لم تسمح فسخ العقد/المهذب للشيرازي ١١/١٥٥ .

(٢) (ولم تتميز) : في ب ، حـ وفي أ ولم يتميز ، أنظر المهذب ١١/١٦٢

(٣) بل يقال : إن سمح أحد كما يترك حقه من الثمرة أقر العقد ، لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره ، وإنما اختلط ما عليها من الثمرة ، والثمرة غير مبيعه ، فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى داراً ، وفيها طعام للبائع ، وطعام للمشتري ، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فإن البيع لا ينفسخ في الدار/المهذب للشيرازي ١١/١٦٢ .

(٤) (كالمسألة) : في ب وفي أ ، حـ كالمسلمة

(٥) لأن المقصود بالشجر ، هو الثمرة ، فكان اختلاطها كاختلاط المبيع/المهذب للشيرازي ١١/١٦٢ .

(٦) بل يقال للبائع : إن سمحت بحقك ، أقر العقد ، وإن لم تسمح ، فسخ العقد ، =

والثاني : وهو الصحيح أنه على القولين :

أحدهما: أنه يفسخ البيع[1] .

والثاني : أنه لا ينفسخ، ويقال للبائع : إن رضيت بتسليم الجميع، وإلا فُسِخَ البيعُ.

فإن كان له شجرة تحمل حملين، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح (وهو يعلم)[2] أن الحمل الآخر يحدث (ويختلط)[3] ولا يتميز ، فالبيع باطل[4].

قال الربيع : فيه قول آخر، إن البيع يصح، والأول أصح[5] .

= لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وإنما زاد المبيع في نفسه ، فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزيلاً فسمن./المهذب ١١/١٦٢ .

(١) ويخالف السمن والكبر في العبد ، فإن تلك الزيادة لا حكم لها ، ولهذا يجبر البائع على تسليم العبد مع السمن والكبر ، ولهذه الزيادة حكم ، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها ، فدل على الفرق بينهما/المهذب للشيرازي ١١/١٦٢ .

(٢) (وهو يعلم) : في ب ، حـ وفي أ ولم يعلم والأول هو الصحيح .

(٣) (ويختلط) : في ب ، حـ وفي أ ولا يختلط .

(٤) هذه المسألة كالتقييد لما تقدم، وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة إنما محله فيما إذا لم يكن الاختلاط غالباً، أو كان غالباً ولكن شرط القطع على المشتري، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط .

أما إذا كان الاختلاط غالباً ، ولم يشترط القطع ، فالبيع باطل ، وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم ، نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله .

(٥) وللشافعي في مثل هذا قول : أنه إن شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمرة المشتري صح .

ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة ، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر ، أن البيع يصح في أحد القولين . =

قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز أن يستثني من (الشجرة)[1] مدا، لأنه لا يدري كم المد من الحائط، وهكذا، إذا باع صبرة واستثنى منها أمداداً أو آصعاً معلومة، فإنه لا يصح به، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد[2]، وقال مالك: يجوز.

= والصحيح: هو الأول، لأنه باع ما لايقدر على تسلميه، لأن العادة فيها الترك، فإذا ترك، اختلط به غيره فتعذر التسليم، بخلاف الرطبة، فإن باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم/المهذب للشيرازي ١١/١٧٢.

(١) (الشجرة): في أ، حـ وفي ب الشجر.

(٢) قال الشافعي رضي الله عنه: ولا يجوز أن يشتثني من الثمرة مدا، وقسم الأصحاب الاستثناء إلى أربعة أقسام:

١ - أن يكون الإستثناء معلوماً، والمبيع بعده، معلوماً، وهذا على ضربين: مشاع، ومحدد فالمحدد: بعتك ثمرة هذا الحائط إلا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها، فهذا جائز بالاتفاق.

والمشاع: بعتك ثمرة هذا الحائط إلا ربعها صحيح أيضاً.

٢ - أن يكون الاستثناء مجهولاً، والمبيع بعده مجهولاً، وهو ضربان:

مشاع: كقوله بعتك هذه الثمرة إلا قوت سنتي أو قوت غلماني، باطل اتفاقاً، ومحدد: كبيع الثمرة إلا عشر نخلات فيها لا بعينها، فهو باطل.

٣ - أن يكون الاستثناء معلوماً، والمبيع بعده مجهولاً، كقوله: بعتك هذه الثمرة إلا صاعاً منها، فهو باطل.

٤ - أن يكون الاستثناء مجهولاً، والمبيع معلوماً، كقوله: بعتك من هذه الثمرة مائة صاع، والباقي له، فإن علما أن فيها مائة صاع فصاعداً صح، إن أمكن كيل الثمرة، وبطل إن لم يمكن كيلها ولا يصح الخرص فيها، لأن البيع بالخرص لا يجوز، لأنه تخمين وحدس، وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة.

وإن لم يعلما أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلاً للجهل بوجود المبيع، فلو كيلت من بعد، فكانت مائة صاع فصاعداً، لم يصح البيع بعد فساده.

فإن قال: بعتك ثمرة هذا البستان إلا ربعها، صح.
وحكى عن الأوزاعي : أنه لا يجوز (وليس ذلك بصحيح) (١).

فإن قال : بعتك ثمرة هذا الحائط (إلا ثمرة) (٢) عشرة نخلات منها ولم يعينها لم يصح .

وقال مالك : إن كانت بقدر ثلث الثمرة فما دونه جاز، وكان له عشر نخلات (وسط) (٣) .

قال الشافعي : (ولا) (٤) يجوز أن يبيع الشاة (ويستثنى شيئاً منها) (٥) جلداً، كان، أو غيره في سفر ولا حضر، وبه قال أبو حنيفة :

قال أحمد : يجوز ذلك (في السفر دون الحضر، ويوقف في استثناء الشحم.

ذكر القاضي أبو الطيب(٦) : الرأس والاكارع، وتوقف في استثناء الشحم.

وحكى أصحابنا عن مالك : (أنه) (٧) إن قال : يجوز في السفر دون الحضر .

---

(١) (وليس ذلك بصحيح) : بإسقاط ذلك في أ ، حـ .
(٢) (إلا ثمرة) : في ب ، حـ وفي أ غير
(٣) (وسط) : في حـ وفي أ ، ب وسطه
(٤) (ولا يجوز) : في أ ، ب وفي حـ لا يجوز بحذف الواو .
(٥) (ويستثنى شيئاً منها) : في ب ، حـ ، وفي أ ويستثنى منها وإسقاط شيئاً .
(٦) (في السفر دون الحضر) . . . ذكر القاضي أبو الطيب) : ساقطة من أ ، ب وموجودة في حـ ،
(٧) (إنه) : مكرره في (أ) .

ذكر القاضي أبو الطيب في الارز: وأبو علي الطبري، وغيرهما: أنه بمنزلة الشعير، وأختاره القاضي أبو الطيب .

وذكر الشيخ أبو حامد: أنه بمنزلة الحنطة .

قال الشيخ أبو نصر رحمه الله : وهذا موقوف على العادة فيه (والعادة إدخاره فيه) [1].

---

(١) (والعادة إدخاره فيه): في ب، وفي أ (والعادة ، أو إخاره فيه) وساقطة من جـ .

بـــاب

بيع المصراة[1]، والرد بالعيب

التصرية تدليس يثبت به الخيار في الإبل، والبقر، والغنم، إذا علم بها بعد البيع، فيثبت له الخيار إلى تمام ثلاثة أيام[2] .

وقيل: إذا علم بالتصرية، ثبت له الخيار على الفور .

---

(١) التصرية : أن يربط أخلاف الناقة ، أو غيرها ، ويترك حلبها يوماً فأكثر حتى يجتمع اللبن في ضرعها ، فيظن المشتري غزارة لبنها ، فيزيد في ثمنها ، وهذا الفعل حرام لما فيه من التدليس ، روضة الطالبين للإمام النووي رحمه الله ٤٦٦/٣ .

(٢) لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا تصروا الإبل ، والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك ، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً ، =

وقال أبو إسحاق: مدة (الثلاث)(1) اعتبرت (لمعرفة)(2) التصرية، فإنها (لا تعرف)(3) فيما دونها، فإذا انقضت الثلاث، استبان له التصرية، فيثبت له الخيار على الفور، (وقبل انقضاضها)(4)، لا خيار له، وبقولنا: قال مالك وأحمد، وأبو يوسف، وزفر.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يثبت له الخيار بالتصرية بحال.

وقال أبو داود: لا يثبت الخيار بالتصرية في غير الإبل والغنم.

فإذا ردها، رد معها بدل اللبن، وقد اختلفت الرواية (فيه)(5) فروى أبو هريرة: رد معها صاعاً (من تمر)(6).

= إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر/متفق عليه/فتح الباري ٢٦٥/٥

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من ابتاع محفلة، فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها، رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً/ أبو داود وابن ماجه/سنن أبي داود ٢٤٣/٢ وسنن ابن ماجه ٧٥٣/٢.

(١) (الثلاث): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٢) (لمعرفة): في ب، حـ وفي أ بمعرفة

(٣) (لا تعرف): في حـ وفي أ لا تعترف، وفي ب تعرف.

(٤) (وقبل انقضائها): في حـ وفي أ، ب وقيل: انقضائها

(٥) (فيه): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٦) (من تمر): غير واضحة في أ.

وروى أبن عمر رضي الله[1] (عنهما)[2] (مثل أو مثلي)[3] لبنها قمحاً (فقال)[4] أبو العباس (بن سريج)[5] يرد في كل بلد من غالب قوته[6].

وقال أبو أسحاق: الواجب صاع من تمر [7] وحديث ابن عمر محمول عليه إذا كان (القمح) [8] أكثر قيمة من التمر، فعلى هذا إذا أعوز التمر، أعطي قيمته وفي (محل) [9] اعتبار القيمة وجهان:

---

(١) عبد الله بن عمر: هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب، توفي بمكة سنة أربع أو ثلاث، وقيل: اثنتين وسبعين، وهو ابن أربع وثمانين سنة، قال أبو إسحاق الهمذاني: كنا عند ابن أبي ليلى في بيته، فجاءه أبو سلمة ابن عبد الرحمن فقال: عمر كان عندكم أفضل أم ابنه؟ قالوا: لا بل عمر فقال أبو سلمة: إن عمر كان في زمانه له فيه نظراء، وأن ابن عمر، كان في زمانه ليس له فيه نظير/طبقات الفقهاء للشيرازي ٤٩ - ٥٠.

(٢) (عنهما): في أ، وفي ب، عنه

(٣) (مثل أو مثلي): في جـ وفي أ مثلي أو مثل/أنظر المهذب للشيرازي ٢١١/١١.

(٤) (فقال): في ب، حـ وفي أ وقال

(٥) (بن سريج): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٦) وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر، وحديث ابن عمر، على من قوت بلده القمح كما قال في زكاة الفطر، (وصاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير) وأراد: التمر لمن قوته التمر، والشعير لمن قوته الشعير/المهذب للشيرازي ٢١١/١١.

(٧) لحديث أبي هريرة السابق ردها وصاعاً من تمر.

(٨) (القمح): في ب، حـ وفي أ القمح القمح مكررة

(٩) (محل): في ب، حـ وفي أ بحل.

أحدهما : يعتبر قيمته في أقرب بلاد التمر (إليه) [1] .
والثاني : يعتبر قيمته بالحجاز .

فإن كانت قيمة الصاع بقيمة شاه، أو أكثر، ففيه وجهان :

قال أبو إسحاق : يجب قيمة صاع بالحجاز[2] .
وقيل: يلزمه صاع من تمر، وإن كان (بقيمة)[3] الشاة[4] .

(وإن)[5] كان اللبن الذي حلبه باقياً (فأراد)[6] رده، ففيه وجهان :

قال أبو إسحاق : لا يجبر البائع على أخذه[7] .
وقيل : يجبر عليه[8] .

---

(١) (إليه) : في ب ، حـ وفي أ ، أي إلى بلاد التمر القريب من مكان التصرية.

(٢) لأنا لو أوجبنا صاعاً بقيمة الشاة ، حصل للبائع الشاة وبدلها ، فوجب قيمة الصاع بالحجاز لأنه هو الأصل/المهذب للشيرازي ١١/٢٣١ .

(٣) (بقيمة) : في ب ، حـ وفي أ نقيمة وهذا تصحيف من النساخ .

(٤) أو أكثر ولا يؤدي إلى الجمع بين الشاة وبدلها ، لأن الصاع ليس ببدل عن الشاة ، وإنما هو بدل عن اللبن ، فجاز كما لو غصب عبداً فخصاه ، فإنه يرد العبد مع قيمته ، ولا يكون ذلك جمعاً بين العبد وقيمته ، لأن القيمة بدل عن العضو المتلف/المهذب للشيرازي ١١ : ٢٣١ .

(٥) (وإن): في أ ، ب وفي ن فإن .

(٦) (فأراد) : في ب وفي أ وأراد ، وفي حـ فإن أراد/أنظر المهذب ١١/٢٣٩ .

(٧) لأنه صار بالحلب ناقصاً ، لأنه يسرع إليه التغير ، فلا يجبر على أخذه .

(٨) لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب ، فلم يمنع الرد ، ولأنه لو لم يجز رده ، لنقصانه بالحلب لم يجز إفراد الشاة بالرد ، لأنه إفراد بعض المعقود عليه =

(وإن)[1] اشترى جارية مصراة، ففيه أربعة أوجه[2] :

أحدها : أنه يردها، ويرد معها صاعاً[3].

والثاني : يردها ولا يرد عن اللبن شيئاً[4] .

= بالرد ، فلما جاز ذلك ههنا ، جازرد اللبن ههنا مع نقصانة بالحلب ، وإن لم يجز في سائر المواضع/المهذب للشيرازي ١١/٢٤٠ ،

(١) (وإن) : في أ وفي ب ، حـ فإن .

(٢) المنصوص عليه في كلام الشافعي : حكم الإبل ، والغنم ، والبقر ، والصحيح المشهور : أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة ، والمصرح به من ذلك في الحديث هو الإبل والغنم . وكثير من الأصحاب : يجعلون حكم البقر ثابتاً بالقياس ، وبه يشعر كلام الشافعي رحمه الله ، ومنهم : من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه . (من اشترى مصراة) فإنه عام وقد تقدم ذلك ، واتفقوا على إثبات الحكم في البقر ، إما بالنص ، وإما بالقياس ، فإن القياس فيها ظاهر جلي ، وهي في معنى الإبل والغنم ، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها.

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية ، والأتان فلا يظهر فيها أنهما في معنى الأصل المنصوص عليه ، والذي تجري أحكام المصراة عليهما ، فطريقه في ذلك ، إما القياس ، وإن كان ليس في الجلاء والظهور كالأول وإما ادراجها في عموم قوله صلى الله عليه وسلم (من اشترى مصراة) والذي لا تجري عليهما أحكام المصراة طريقة قطع القياس ، ويتبين أنهما غير داخلين في عموم قوله ، مصراة ـ إما بان الإسم غير صادق عليهما عند الإطلاق وإما بإخراجهما من اللفظ بدليل ، وقد يقال : إن من جملة ما يدل على إخراج الجارية قوله في الحديث (بعد أن يحلبها ، فإن ذلك يقتضي قصر الحكم على ما يصدق عليه إسم الحلب وفي إطلاق الحلب على الجارية نظر/ السبكي ١١/٢٤٥ .

(٣) لأنه يقصد لبنها ، فثبت بالتدليس له ، فيه الخيار ، والصاع كالشاة ،

(٤) لأن لبنها يقصد لتربية الولد ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد ، ولا يرد بدله لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض .

والثالث : أنه لا يردها [1] .

والرابع : أن لا يردها، ويرجع بالارش [2] .

(وإن) [3] اشترى (اتانا) [4] مصراه، وقلنا بقول أبي سعيد الأصطخري في طهارة لبنها، رد معها بدل اللبن.

وذكر القاضي أبو الطيب (فيه) [5] الأوجه التي في الجارية على هذا الوجه .

وإن قلنا بالمنصوص : أنه نجس ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يردها، ولا يرد بدل اللبن [6] .

والثاني : أنه يمسكها، ويأخذ الأرش [7] .

---

(١) لأن الجارية لا يقصد في العادة إلا عينها دون لبنها .

(٢) لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن ، لأنه ليس للبنها عوض مقصود ، ولا يمكن ردها من غير عوض ، لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل ، ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن بالمسمى ، لأنه لم يبدل الثمن إلا ليسلم له ما دلس به من اللبن ، فوجب أن يرجع على البائع بالأرش ، كما لو وجد بالمبيع عيباً ، وحدث عنده عيب المهذب للشيرازي ٢٤٤/١١ .

(٣) (وإن) : في أ ، حـ وفي ب فإن

(٤) (أتانا) : في ب ، حـ وفي أ وإناثاً وهـذا تصحيف ، والأتـان : الأنثى من الحمر .

(٥) (فيه) : في أ ، حـ وفي ب ساقطة .

(٦) لأنه لا قيمة له ، فلا يقابل ببدل .

(٧) لأنه لا يمكن ردها مع البدل ، لأنه لا بدل له ، ولا ردها من غير بدل لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها ، ولا إمساكها بالثمن ، لأنه لم يبذل الثمن إلا لتسلم =

فإن اشترى مصراة مع العلم بالتصرية، لم يثبت له الخيار في أظهر الوجهين.

وإن اشترى شاة مصراة ، فدام لبنها على حاله ، لم يثبت له الخيار في أظهر الوجهين.

فإن اتفق أن الشاة لم تحلب يومين، أو ثلاثة (فاجتمع)[1] اللبن في ضرعها من غير قصد، فهل (يثبت به الخيار؟)[2] فيه وجهان :

فإن اشترى شاة (على أنها تحلب)[3] كل يوم خمسة أرطال، ففيه وجهان بناء على القولين فيه إذا اشتراها بشرط أنها حامل[4] .

= له الأتان مع اللبن ولم تسلم ، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش/أنظر المهذب للشيرازي ٢٤٩/١١ .

(١) (فاجتمع) : في ب ، حـ وفي أ واجتمع .

(٢) (يثبت به الخيار) : في ب ، حـ وفي أ يثبت الخيار بإسقاط به .

(٣) (على أنها تحلب) : في أ ، حـ وفي ب على أن الشاة تحلب .

(٤) أحدهما : لا يصح ، لأنه شرط مجهول ، فلم يصح
والثاني : أنه يصح ، لأنه يعلم بالعادة ، فصح شرطه ، فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط ، فهو بالخيار بين الإمساك والرد .
إذ قلنا بالصحة في ذلك فاخلف ، فله الخيار بين الإمساك والرد كما قال الشيرازي : كالمصراة ، بل أولى من حيث المعنى ، لأن هذا بشرط صريح ، وذلك بما يقوم مقامه من التعزيز ، ومقتضى إلحاقها بالمصراة ، أنه حصل الخلف قبل الثلاث ، يجري فيها الخلاف المذكور في المصراة في أنه يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام ، أو يكون على الفور ، أو لا يثبت إلا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة ، فلو ظهرالخلف بعد الثلاث ، فيكون على الفور كالمصراة ، ولا يأتي ههنا قول أبي حامد : أنه لا يثبت الخيار بعد الثلاث ، لأن هناك مأخذه ، أن الخيار ثابت بالشرع ، وههنا ثابت بالشرط ، وأيضاً الخيار في التصرية خيار عيب على قول كما تقدم ، وأما هنا ، فخيار خلف ليس إلا/السبكي ٢٥٤/١١ .

والشيخ أبو نصر رحمه الله: حكى أن البيع يبطل قولاً واحداً، وحكى القولين فيه إذا شرط أنها لبون .

إذا اشترى شاة غير مصراة، فحلب المشتري ما كان فيها من اللبن حال العقد وأتلفه، ثم وجد بها عيباً، لم يكن له الرد[1] .

وقيل: إن الشافعي رحمه الله قال في القديم : يثبت له الرد، والأول أقيس .

(فإن)[2] كان اللبن (باقيا)[3] (بحاله)[4] .

فمن أصحابنا من قال : يرد اللبن، ويردها بالعيب .

ومنهم من قال : لا يرد الشاة، ويرجع بالارش .

فإن اشترى جارية[5] قد سبَّط شعرها، فبانت جعدة الشعر، لم

---

(١) غير المصراة إذا حلب لبنها ، ثم ردها بعيب :

قال في التهذيب: رد بدل اللبن كالمصراة.

وفي تعليق أبي حامد حكاية عن نصه: أنه لا يرده، لأنه قليل غير معتنى بجمعه، بخلاف المصراة.

ورأى الإمام أبو إسحاق الشيرازي: تخريج ذلك، على أن اللبن، هل يأخذ قسطاً من الثمن، أم لا؟ والصحيح الأخذ/ روضة الناظرين للنووي ٣/٤٧٠.

(٢) (فإن) : في ب وفي أ ، حـ وان

(٣) (باقيا) : في ب ، حـ وفي أ تاماً.

(٤) (بحاله) : في ب ، حـ وفي أ لحاله .

(٥) قال الإمام أبو إسحق : إن أئمة المذهب نصوا : بأن كل تلبيس حال محل التصرية ، من البهيمة إذا فرض اختلاف فيه ، ثبت الخيار ، فلو جعد الرجل شعراً تجعيداً لا يتميز عن تجعيد الخلقة ، ثم زال ذلك ، ثبت الخيار للمشترى ، فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعودة ، وكما إذا كان على ثوب العبد نقطة من =

يملك ردها، في أظهر (الوجهين)[1] :

وإن كانت قد جعد شعرها (فبان)[2] سبطاً، ثبت له الخيار[3].

وقال أبو حنيفة : لا خيار له .

إذا اشترى شيئاً ووجد به عيباً، وقد حدث به عيب بعد القبض (بسبب)[4] كان موجوداً قبل القبض، (فإن)[5] قطع في يده بسرقة كانت في يد البائع، ففيه وجهان[6] :

= مداد ، فهذا لا ينزل منزلة الشرط كونه كاتباً ، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، فإذا أخلف الظن ، ففي ثبوت الخيار وجهان ، وإذا بني الأمر على ظهور شيء في العادة فما تناهى ظهوره يتأصل في الباب ، وما لا يظهر يخرج عنه ، وما يتردد بين الطرفين ، يختلف الأصحاب فيه/السبكي ١١/٢٥٥ .

(١) (الوجهين) : في ب ، حـ وفي أ القولين .

(٢) (فبان) : في ب حـ وفي أ فبانت .

(٣) إذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ، ثم بان أنها سبطة ، أو سود شعرها ، ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ، ثم بان صفرة وجهها ، ثبت له الرد ، لأنه تدليس بما يختلف به الثمن ، فثبت به الخيار كالتصريه .

وإن سبط شعرها ، ثم بان أنها جعدة ففيه وجهان :

أحدهما : لا خيار له ، لأن الجعدة أكمل وأكثر ثمناً

والثاني : أنه يثبت له الخيار ، لأنه قد تكون السبطة أحب إليه وأحسن عنده ، وهذا لا يصح ، لأنه لا اعتبار به ، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، والجعدة أكثر ثمناً من السبطة/المهذب للشيرازي ١١/٢٥٥ .

(٤) (بسبب) : في ب ، حـ وفي أ لسبب .

(٥) (فإن) : في أ ، حـ وفي ب بأن ، والأول هو الصحيح .

(٦) والمسألة التي قبلها ، لم يذكرها الشاشي وهي . فإن ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ، =

أحدهما : وهو قول أبي إسحاق : أنه يرده (1) .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : لا يرد، ويرجع بالارش، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، والأول قول أبي حنيفة (2) .

فإن باعه أرضاً، فظهر فيها أحجار مخلوقة فيها، وكانت تضر بالغراس ولا تضر بالزرع، فهل يكون ذلك عيباً؟ فيه وجهان (3) :

= ثم حدث به عيب في ملكه نظرت : فإن كان حدث قبل القبض ـ ثبت له الرد ، لأن المبيع مضمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب ، كما قبل العقد ، وإن حدث العيب بعد القبض نظرت : فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض ـ لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه ، فلم يرد بالعيب الحادث ، وإن استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبداً فسرق ، أو قطع يداً قبل القبض ، فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان/المهذب للشيرازي ١١/٣٨٣ .

(1) لأنه قطع بسبب كان قبل القبض ، فصار كما لو قطع قبل القبض ، والمبيع قبل القبض من ضمان البائع .

(2) لأن القطع وجد في يد المشتري، فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله/المجموع للسبكي ١١/٣٨٣ .

(3) الأحجار على ثلاثة أقسام .

القسم الأول : أن تكون مخلوقة في الأرض ، فتدخل في بيع الأرض ، كما يدخل قرار الأرض وطينها ، ثم على ثلاثة أضرب ،

الضرب الأول : أن يضر بالزرع والغرس جميعاً ، فهي عيب إذا كانت مما يقصد لذلك ، وفيه وجه . أنه ليس بعيب ، وإنما هو فوات فضيله .

وشرط الماوردي والمتولي : في كون ذلك عيباً ، أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع قال المتولي : فلو اشتراها للبناء ، فهي أصلح له ، فلا خيار ، وينبغي أن يحمل كلامهما ، على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع ، وإلا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه وليس كالإجارة ،

الضرب الثاني : يضر بالغراس دون الزرع ، لوصول عروق الغراس إليها دون الزرع فوجهان : وهما ما ذكره القفال . =

= أحدهما : أنه عيب.

والثاني : أنه ليس بعيب ، ولا خيار فيه ، لأن الأرض إذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس ، لم يكن ذلك عيباً لكمال المنفعة بأحدهما.

قال الماوردي : (والأصح) عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية ، فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع ، فليس هذا بعيب وإن كانت مرصدة للغرس ، فهذا عيب ، لأن العرف المعتاد يجري مجرى الشرط ، قال : ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون في الجواب اختلاف ، وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه وهو يقتضي أنها إذا كانت في موضع غير معد للزرع ، ولا للغرس ، كالأراضي بين البنيان في كثير من المواضع ، فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعاً فيها ليس بعيب .

الضرب الثاني : أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع ، لبعد ما بينهما ، وبين وجه الأرض ، فليس هذا البيع ، ولا خيار للمشترى .

القسم الثاني : أن تكون الحجارة مبنية في الأرض كالتي تكون في أساسات الجدران وما أشبهها ، فهي داخلة في البيع أيضاً ، لأنها موضوعة للإستدامة ، وهذا على المذهب في أن بيع الأرض يستتبع البناء .

قال الرافعي في البحر : وكذلك إن كان البناء منهدماً ، أو كانت في طي بئر خراب ، وهذا الكلام في الدخول.

وأما كونها عيباً فقد جعلها الرافعي من الشرط في كونها عيباً إذا كانت مضرة بالغراس ، والزرع كالمخلوقة . وأما الماوردي فإنه قال : إن الغالب فيما بني على الأرض من حجر ، أنه غير مضر بزرع ولا غرس ، لأن العروق جارية في مسناة الأرض ومشاربها، قال : فإن كانت كذلك ، فلا خيار ، وإن كانت مبنية ، بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع فللمشتري الخيار على ما مضى إلا أن يسهل قلعها لقصر المدة ، وقلة المؤنة ، فلا خيار ، أما إذا أثبتنا االخيار فاختار إتمام البيع ، فإنه يمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن .

القسم الثالث : أن تكون مدفونة فيها كما كان عادة أهل الحجاز ، ينحتون الأحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها ، ولا خلاف أنها لا تدخل في بيع الأرض ، كالكنوز والأقمشة السبكي/١١/٤ ـ ٦ .

أحدهما : أنه عيب .

والثاني : يحكي عن أبي علي بن أبي هريرة . أنه ليس بعيب .

وقال أقضى القضاة الماوردي :(عندي)[1] أنه ينظر في أرض تلك الناحية، فإن كانت مرصدة للزرع دون الغرس، لم يكن ذلك عيباً، وإن كانت مرصدة للغرس، كان عيباً .

وإن كانت الأحجار مودعه في الأرض، لم تدخل في البيع، وله مطالبته بنقلها[2] .

وإن لم يكن فيها ضرر، فإن لم يمكنه نقلها إلا في زمان طويل، فهل يستحق المشتري عليه أجرة الأرض (لتلك المدة)[3] .

قال أبو إسحاق : إن كان قبل القبض، لم يستحق، وبعده يستحق[4] .

وقيل : يستحق الأجرة في الحالين .

---

(١) (عندي) : في أ ، ب وفي حـ وعندي

(٢) قيل : إن ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ، ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها ، ولا خلاف أنها لا تدخل في بيع الأرض كالكنوز والأقمشة .

وللبائع النقل وإن أضر بالمشتري بأن كانت تنقص قيمة الأرض ، أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد ، أو الذي أحدثه المشتري بعده ، أو لم ينقص ، وإن أبى البائع القلع ، فللمشتري إجباره عليه ، سواء كان تبقيتها تضر أو لا/المجموع ١١/٢٠٧ .

(٣) (لتلك المدة) : في حـ وفي أ كملك المدة وفي ب في تلك المدة.

فإن كان زمان القلع يسيراً، لا يكون لمثله أجرة كيوم، أو بعضه وإن كان زمان القلع طويلاً، وجب على البائع أجرة المثل على الصحيح، لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة.

(٤) وهو الأظهر .

فإن وهب الأحجار للمشتري، فهل يجبر على قبولها؟ فيه وجهان[1].

فإن قلنا: لا يملكها، فمتى أراد البائع نقلها، كان له، وكان حكم الأجرة في الزمان الطويل على ما بيناه، ويثبت للمشتري الخيار.

ذكر القاضي أبو الطيب: أن الخيار يثبت (لتخريب)[2] الأرض (بقلع)[3] الأحجار وذكر طول الزمان وقصره في الأجرة.

وذكر الشيخ أبو نصر: ثبوت الخيار بتفويت المنفعة بطول الزمان، ولم يتعرض (للقلع)[4].

وإذا ثبت للمشتري خيار الرد، فله أن يرد من غير، رضا البائع، وغير حضوره.

وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض، افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه، وإن كان بعد قبضه، افتقر إلى رضاه بالفسخ، أو حكم حاكم.

فإن اشترى ثوباً بجارية، ووجد بالثوب عيباً، فوطيء الجارية، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينفسخ البيع[5].

---

(١) وجهان مبنيان على القولين فيما إذا باع ثمرة، فحدثت ثمرة أخرى، واختلطت بالأولى فوهبها، هل يجبر على قبولها؟

(٢) (لتخريب): في ب، حـ وفي أ بتخريب.

(٣) (بقلع): في ب، حـ وفي أ يقطع.

(٤) (للقلع): في ب، حـ وفي أ للقطع.

(٥) (ينفسخ البيع): في حـ وفي أ، ب يفسخ، كما ينفسخ البيع في مدة خيار=

والثاني : أنه لا ينفسخ إلا بالقول[1].

فإن زال العيب قبل الرد، ففيه وجهان، بناء على القولين في الأمة تعتق تحت العبد، ثم اعتق العبد، قبل أن تختار الفسخ[2].

أصحهما : أنه يسقط خياره[3].

فإن اشترى سلعة، وبها عيب، لم يعلم به، فحدث عنده عيب، ثم ارتفع العيب الحادث عنده.

قال في البويطي : له الرد.

قال أصحابنا : إنما يريد إذا لم يكن قد حكم له بالارش (فأما إذا حكم له بالارش)[4] وقبضه، فلا يرد، وإن لم يكن قد قبضه، فهل له الرد؟ فيه وجهان :

= الشرط بالوطء فإنه إذا صدر من البائع ، والخيار لهما أوله ، كان فسخاً على الصحيح المنصوص.

وقال القاضي أبو الطيب ـ على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنـه رد للملك، وفسخ للبيع، والملك يحصل بالقول والفعل، ولا فرق في الوطء في زمان الخيار بين خيار المجلس، وخيار الشرط.

(١) لا ينفسخ بالوطء ، والفرق بينه وبين المبيع في زمان الخيار ، أن الملك في زمان الخيار ضعيف والملك في المعيب قد استقر ، بدليل أنه يجوز له التصرف فيه ، فكان أقوى من الملك في زمان الخيار ، فلذلك يشترط فيه القول/السبكي ٣٢١/١١ .

(٢) والوجه الثاني : لا يسقط خياره ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب ، فلا يسقط من غير رضاه المهذب ٣٢٢/١١ .

(٣) لأن الخيار ثبت لدفع الضرر ، وقد زال الضرر المهذب ٣٢٢/١١ .

(٤) (فأما إذا حكم له بالأرش) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

أحدهما : لا يرد .

والثاني : يرد .

فإن قال البائع للمشتري : أمسك المبيع، وأنا أعطيك أرش العيب، لم يجبر على قبوله، وإن طلب المشتري ذلك ما لم يجبر البائع على دفعه، وإن تراضيا عليه، ففيه وجهان :

المذهب : أنه لا يجوز(١) .

والثاني : أنه يصح الصلح، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، وأبي العباس بن سريج(٢) .

فعلى الوجه الأول، هل يسقط خياره بذلك؟ فيه وجهان :

المذهب : أنه لا يسقط، ونظير ذلك في الشفعة إذا اصطلحا على تركها بعوض(٣).

وقال أحمد : للمشتري أن يمسك المبيع، ويطالب البائع بأرش العيب، ويجبر على دفعه إليه(٤) .

---

(١) لأنه خيار فسخ ، فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط ، وخيار الشفعة .

(٢) لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها إلى المال ، وهو إذا حدث عند المشتري عيب ، فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضي ، كالخيار في القصاص/المهذب ٣٢٦/١١ .

(٣) لأنه رضي بإسقاط الخيار بعوض ، ولم يسلم له العوض فبقي الخيار .

(٤) وقياس المذهب : أن له الأرش ، لأن له إمساك المبيع والمطالبة بأرشه ، وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه ، ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد ، فكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه ، ولأن الأرش عوض الجزء الفائت بالعيب ، فلم يسقط بتصرفه فيما سواه ، كما لو باع عشرة أقفزة فاقبضه تسعة ، فتصرف فيها/المغني لابن قدامة المقدسي ١٣٢/٤ .

(إذا) [1] اطلع على العيب بالليل، فأراد [2] أن يفسخ، فإنه يفسخ في الحال (ويشهد) [3] على نفسه بذلك (إن أمكنه) [4]، (فإن) [5] لم يكن عنده أحد، فسخ في نفسه، حتى لو أخر لبطل حقه، هذه طريقة أصحابنا (ذكره) [6] القاضي حسين .

قال القفال : لا يلزمه الفسخ في الحال، ولا الاشهاد، وله أن يؤخر إلى أن يأتي القاضي .

فإن لقي البائع ليرد عليه، فسلم عليه قبل الرد لم يسقط حقه من الـرد .

وقال محمـد بن الحسن: يسقط حقه (من) [7] الـرد بالسـلام (قبله) [8] .

فإن كان [9] المبيع دابة، فركبها ليردها بالعيب حين علم به، ففيه وجهان :

---

(١) (إذا) : في أ ، ب وفي حـ وإذا .

(٢) (فأراد) : في ب ، حـ وفي أ فإذا أراد .

(٣) (ويشهد) : في ب ، حـ وفي أ وشهد .

(٤) (إن أمكنه) : في ب ، حـ وفي أ ذا مكث.

(٥) (فإن) : في أ ، ب وفي حـ وإن .

(٦) (ذكره) : في أ ، ب وفي حـ ذكر .

(٧) (من) : في أ ، ب وفي حـ في .

(٨) (قبله) : في أ ، حـ وفي ب عليه .

(٩) (فإن كان المبيع دابة ...... من الرد) : مكررة في حـ وهي من النساخ .

أحدهما : (أنه يسقط حقه من الرد)[1] .

والثاني : وهو قول أبي العباس: أن له أن يرد .

فإن حدث بالمبيع عيب بعد القبض، لم يثبت الخيار للمشتري، وبه قال أبو حنيفة[2] .

---

(1) (أنه يسقط حقه من الرد) : في ب ، حـ وفي أ يسقط حقه في ، ولو ركب الدابة لا للرد ، بطل حقه ، وإن ركبها للرد أو السقي ، فوجهان :

أصحهما : البطلان أيضاً ، كما لو لبس الثوب للرد ، فإن كانت جموحاً يعسر سوقها وقودها ، فهو معذور في الركوب ، ولو ركبها للانتفاع فاطلع على العيب ، لم تجز استدامة الركوب وإن توجه للرد ، وإن كان لابساً ، فاطلع على عيب الثوب في الطريق فتوجه للرد ولم ينزع ، فهو معذور ، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد .

قال الماوردي : ولو علف الدابة أو سقاها أو حلبها في الطريق ، لم يضر ، ولو كان عليها سرج أو إكاف، فتركه عليها ، بطل حقه ، لأنه انتفاع ، ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل ، أو تحميل ويعذر بترك العذار واللجام ، لأنهما خفيفان ، لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعاً ، ولأن القود يعسر دونهما ، ولو أنعلها ، قال الشيخ أبو حامد : إن كانت تمشي بلا نعل ، بطل حقه ، وإلا ، فلا . ونقل الروياني وجهاً : في جواز الانتفاع في الطريق مطلقاً ، حتى روى عن أبيه جواز الجارية الثيب/روضة الطالبين/٣/٤٧٩ .

(2) إذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية ، أو غيرها ، ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب ، بأن يقوم المبيع سليماً من العيب القديم ، ومعيباً به ، فما كان بينهما من عشر أو ثمن ، أو سدس ، أو غير ذلك يرجع به عليه ، ولا يرد المبيع لأن في الرد أضرار بالبائع ، بخروج المبيع من ملكه سليماً من العيب الحادث ، وعوده إليه معيباً به ، والإضرار ممتنع ، ولا بد من دفع الضرر عن البائع ، ويجوز أن يعود إلى المشتري، لأنه أيضاً يتضرر بالمعيب لأن مطلق العقد يقتضي السلامة ، والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعاً ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث ، لأنه رضي بالضرر ، والرضا إسقاط لحقه ، كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم. =

وقال مالك : عهدة الرقيق إلى ثلاثة أيام إلّا في الجذام، والبرص، والجنون، فإن عهدته إلى سنة (يثبت) [1] الخيار (به) [2].

فإن ابتاع اثنان عيناً، وأراد أحدهما أن يمسك حصته، وأراد الآخر أن يرد حصته بالعيب، جاز وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وإحدى الروايتين عن مالك[3].

وحكي عن أبي ثور: أنه روي عن الشافعي رحمه الله: أنه ليس لأحدهما أن ينفرد برد نصيبه (وكذلك) [4] حكي في قبول أحدهما (بما) [5] يخصه دون الآخر[6].

= فإن قيل : أين قولكم : الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ؟ أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة ، أو حكماً ، كان لها حصة من الثمن ، وها هنا كذلك/البابرتي على الهداية ٦ : ٣٦٥ .

(١) (يثبت) : في أ ، ب وفي حـ فيثبت .

(٢) (به) : في ب ، حـ وفي أ له .

(٣) إذا اشترى إثنان من واحد عيناً ،ووجدا بها عيباً ، وأراد أحدهما إمساك حصته والآخر رد حصته ، جاز على القول الظاهر المنقول عن نص الشافعي في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة ، ومنه ، أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، وهو الأصح ووجهوه بأنه رد جميع ما ملك مجازاً كالمشترى الواحد .

قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجارية عيباً ، فأراد أحدهما الرد ، والآخر الإمساك فذلك لهما ، لأن المعهود في شراء الإثنين أن كل واحد منهما مشتري النصف الثمن ، السبكي ٣٤١/١١ .

(٤) (وكذلك) : في ب ، حـ وفي أ وكذا .

(٥) (بما) : في ب ، حـ وفي أ لما .

(٦) وهذا القول الثاني : أن هذه الرواية عن القديم للشافعي رحمه الله ، وقال أبو =

وعلى هذا : لو دفع أحدهما حصته من الثمن، هل يجب تسليم حصته من المبيع، أم لا؟

وقال أبو حنيفة : ليس لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر، وكذا في القبول وما بعده[1] .

فإن اشترى عينين من رجل، فوجد (بإحداهما)[2] عيباً، جاز له أن يفردها بالرد في أحد القولين[3] .

= داود : أنه مرجوع عنه وبه قال أبو حنيفة : أنه ليس له الانفراد بالرد ، لأن العبد خرج من ملك البائع كاملاً ، والآن يعود إليه بعضه ، وبعض الشيء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله ، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا : خرج عنه ملكه مجتمعاً أو صفقة واحدة ، ومن هذا القول : أخذ أن الصفقة ، وإن تعدد المشتري متحده على ما قاله الإمام . لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون : أن الصفقة متعددة ، وبذلك منعوا من قال : خرج عن ملكه صفقة ، ومنعوا أيضاً من قال : خرج مجتمعاً/ السبكي ٣٤١/١١ .

(١) هذه المسألة مثل خيار العيب ويقول البابرتي : إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيباً لا يرد المعيب خاصة ، بل يردهما إن شاء ، لا يقال : في عدم الرد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار ، لحديث النهي عن تفريق الصفقة ، مع أنه متروك الظاهر ، فإن تفريقها جائز بعد تمامها ، وحديث الخيار أقوى : قلنا : لم نقل بعدم رده مطلقاً ، بل قلنا : إذا رده يرد معه الآخر ، فزدنا شرطاً في الرد عملاً بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معاً جمعاً بينهما/ البابرتي على الهداية/٦ : ٣٥٣ ـ ٣٥٤ .

(٢) (بإحداهما) : في ب ، حـ وفي أ بأحدهما .

(٣) المسـألة : إذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ، ووجد العيب بإحداهما ، باقيان في يده ، فهل له أفراد المعيبة بالرد ؟ فيه قولان :

أظهرهما : وهو ظاهر المذهب ، إنه ليس له ذلك ، بل يردهما جميعاً ، أو =

وقال أبو حنيفة : إن كان ذلك بعد القبض (جاز)[1] له رد (المعيب)[2]، وامساك (السليم)[3]، وإن كان قبل القبض، لم يكن له

= يمسكهما جميعاً سواء كان ذلك قبل القبض أم بعده ، وسواء كان مما يتساوى قيمته ، كالكرين من الطعام ، أو يختلف كالعبدين والثوبين .

والقول الثاني : الجواز ، واختاره الروياني في الحلية ، والقولان عند الماوردي ، والقاضي أبي الطيب والغزالي والروياني ، وغيرهم ، مبنيان على تفريق الصفقة إن قلنا : يفرق ، جاز ، وإلا لم يجز ، لكن قياس هذا البناء كما قال الرافعي : أن يكون قول التجويز أظهر ، وأشار إلى الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة ، ولا ضرورة إلى تفريقها ، فلا يفرق ، يعني وليس كما إذا جمعت حلالاً وحراماً ، أو حلالين ، وتلف أحدهما قبل القبض ، فإن التفريق هناك ليس اختيارياً .

وإن قلنا : يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعي في الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف : ما يدل له ، لأنه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة ، فلم يجز من غير رضاه .

والخلاصة : إن منعنا تفريق الصفقة ، منعنا هنا ، وإلاّ فقولان : وإن جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر ، وقولاً بالجواز ومنعنا تفريق الصفقة ، قلت تفريق الصفقة القهري لا يمكن القول بالجواز مع منعه ، لأنه على ذلك القول : يستحيل شرعاً ، وأما التفريق الاختياري : برد أحد العينين دون الأخرى فيمنع بمعنى أن المشتري ممنوع منه/السبكي ١١/٣٣٢ .

(١) (جاز) : في ب ، حـ وفي أ كان .

(٢) (المعيب) : في أ ، حـ وفي ب العيب .

(٣) (السليم) : في أ ، ب وفي حـ التسليم

ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً يرده خاصة خلافاً لزفر، هو يقول: فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر، لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء، فأشبه ما قبل القبض، وخيار الرؤية، والشرط. وقال جمهور الحنفية: إنه تفريق الصفقة بعد التمام، لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب، وفي خيار الرؤية =

ذلك إلا أن يكون العيب في أحد مصراعي، باب، (أو)[1] أحد زوجي (خف)[2]، فلا يجوز له إفراده بالرد في الحالين .

فإن اشترى عبدين، فوجد بهما عيباً وقد مات أحدهما في يده، فهل له (رد الثاني ؟)[3] على القولين في تفريق الصفقة.

فإن قلنا: يجوز تبعيضها، رده بحصته من الثمن .

وحكى القاضي أبو الطيب رحمه الله : عن بعض أهل خراسان أنه قال : يفسخ العقد (فيهما)[4] على هذا القول، ثم يرد الباقي، وقيمة التالف، وهذا خلاف نص الشافعي رحمه الله .

وذكر في الحاوي: إنه إذا وجد العيب بأحدهما، (والسليم مفقود)[5]،

= والشرط لا تتم به، ولهذا: لو استحق أحدهما، ليس له أن يرد الآخر/ الهداية مع البداية للمرغيناني ٣٨٨/٦، بل يرجع بحصته المستحق على البائع مع أنه تفريق الصفقة على المشتري، والضرر الذي لزم البائع، جاء من تدليسه، لأن البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمناً، أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه، هذا فيما يمكن إفراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين .

أما إذا لم يكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب ، فوجد بأحدهما عيباً ، فإنه يردهما ، أو يمسكهما بالإجماع ، لأنهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى/البابرتي على الهداية ٣٨٨/٦ .

(١) (أو أحد) : في ب ، حـ وفي أ أومى .

(٢) (خف) : في ب ، حـ وفي أ باب .

(٣) (رد الثاني) : في أ ، حـ وفي حـ الباقي .

(٤) (فيهما) : في أ ، ب وفي حـ مهما .

(٥) (والسليم مفقود) : في أ ب وفي حـ والتسليم معقود .

فاختلفا في (حصة)[1] المردود من الثمن، وقلنا : يجوز له إفراده بالرد، ففيه وجهان :

أصحهما وهو المنصوص عليه: أن القول قول البائع .

والثاني : أن القول قول المشتري .

وإن قلنا : ليس له أن يرد القائم فما الذي يصنع .

من أصحابنا من قال : فيه قولان :

أحدهما : أنه يفسخ العقد في التالف (ويرد الجميع)[2]، ويسترجع الثمن، وليس بشيء

والثاني : يرجع بالارش، وهو الصحيح.

رجلان وكل أحدهما الآخر ليشتري عبداً لهما، فابتاع عبداً بينه وبينه صفقة واحدة، ثم وجدا به عيباً، لم يكن لأحدهما الرد، دون الآخر.

(قال الشيخ الإمام أيده الله)[3]: وهذا عندي فيه نظر، لأن الوكيل قائم مقام الموكل، فهو كما لو كان وكيلاً لاثنين .

وعلى هذا: لو كان بينهما عبد، فوكله في بيعه (فباعه)[4] صفقة، فوجد المشتري به عيباً، فهل له[5] رد نصيب أحدهما؟ فيه وجهان[6] :

---

(١) (حصته) : في حـ وفي آ ، ب صحته .

(٢) (ويرد الجميع) : غير واضحة في أ .

(٣) (وقال الشيخ الإمام أيده الله) : في أ وفي حـ وقال الشيخ الإمام أيده الله وفي ب محذوفة بكامل العبارة .

(٤) (فباعه) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٥) (فهل له) : في ب ، وفي أ ، حـ بسقوطه .

(٦) لو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ، ثم خرج معيباً.

إذا مات المشتري وخلف ابنين، فأراد أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر، لم يكن له وهل الرجوع بحصته من الأرش؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك[١] .

والثاني : ليس له[٢] .

ومن أصحابنا من فصَّل ولعله الأحسن فقال : إن كان قد أيس من رد صاحبه (بان عفا) عن[٣] الرد، رجع بالأرش، وإن لم ييأس من الرد بأن كان غائباً (لم يكن له)[٤] المطالبة بالأرش .

لو وكل رجل وكيلين في بيع عبد، فباعاه من رجل، فأراد رد النصف، (فعلى طريقة الخضري)[٥] وأبي زيد: لا يجوز[٦] .

= حكى الماوردي الوجهين: مع قطعه بالمنع، أن التوكيل بالشراء يقتضي بأن العبرة في جانب الشراء بالعاقد، وفي جانب البيع وجهان/السبكي ٣٤٩/١١.

(١) لأنه جميع ماله ، ونقله أبو إسحاق العراقي عن حكاية أبي علي محتجاً بالصحيح المشهور في المكاتب ، إذا ورثه إثنان ، فأعتق أحدهما نصيبه ، أنه ينفذ ، والفرق بينهما ظاهر ، ومثله ابن الرفعة بقوله : في الراهن إذا مات وخلف اثنين ، فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه ، وهذا وجه ضعيف ، وإذا قلنا به : فلا أرش/السبكي ٣٥٣/١١ .

(٢) لأنه تبعيض صفقة في الرد ، فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشترى أن يرد بعض المبيع/المهذب للشيرازي ٣٥٣/١١ ، وهو الصحيح وهو ظاهر المذهب ، واستدلوا له بأن أحد الإثنين لو سلم نصف الثمن ، لم يلزم البائع تسليم النصف إليه ، وبأنهما قائمان مقام المورث ، ولم يكره له التبعيض/السبكي ٣٥٣/١١ .

(٣) (بأن عفا) : في ب ، حـ وفي أ بأن كان عفا .

(٤) (لم يكن له) : في ب ، حـ وفي أ ولم يكن له .

(٥) (فعلى طريقة الخضري) : في ب ، وفي أ ، حـ طريقة الحيصري .

(٦) لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما .

وعلى طريقة ابن الحداد: يجوز، ولو كان بالعكس من ذلك، لكان الحكم بالعكس.

وأصل ذلك: أن الوكيل هل (يطالب)[1] بالتسليم (والتسلم)[2]؟ فيه جوابان[3]:

قال القفال: إن كان البائع عالماً بأنه وكيل (مشتريين)[4]، جاز لأحدهما رد النصف عليه، وإن جهل ذلك (وظن)[5] أنه يشتري لنفسه، فليس لأحدهما رد النصف[6].

---

(١) (يطالب): في ب، حـ وفي أ له مطالبه.

(٢) (والتسلم): في ب، حـ وفي أ والسلم وهذا تصحيف.

(٣) (جوابان) في ب، حـ وفي أ وجهان.

(٤) (مشتريين): غير واضحة في أ.

(٥) (وظن): في ب، حـ وفي أ أو ظن.

(٦) قال القفال: إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين، ملأحدهما أن يرد نصيبه، وإن كان البائع يعتقد أنه يشتريه لنفسه، أو اعتقد أنه وكيل لواحد، فليس لأحدهما أن يرد النصف، وهذا ليس وجهاً سادساً في التعدد والاتحاد، بل تفريع على القول بالتعدد، وهكذا يقتضيه كلام القاضي حسين وغيره. وعلى هذا مأخذه رضا البائع بالتبعيض وعدمه، وهو من نص الشافعي رحمه الله في الرهن، إذا اشترى رجل له ولشريكه عبداً، ورهن الثمن عيناً مشتركة، ثم وفر أحد الشريكين نصيبه من الثمن، انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين، وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه؟
قال الشافعي رحمه الله: إن كان البائع عالماً بأنه مشتريه لنفسه، ولشريكه، وإن الرهن مشترك بينهما، فلا خيار له، وإن كان يعتقد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه، وأن الرهن لواحد، فله الخيار، وكذلك في هذه المسألة، ولا دليل في ذلك، على أن القفال يقول بالتعدد لتعدد الوكيل في الشراء، ولا يخالفه.

(يجيء)[1] من هذه الجملة : أن وكيل البائعين إذا باع من وكيل المشتريين في الرد ، خمسة أوجه[2] :

طريقة ابن الحداد : إن العقد متحد من الجانبين[3] .

والثاني : طريقة الخضري (وأبي زيد)[4]: أن العقد متعدد من الجانبين (بعدد)[5] المعقود له (وعنه)[6] .

وعلى طريقة القفال : إن علم البايعان إنه وكيل المشتريين، فلكل واحد منهما رد نصيبه، وما اشترى من أحدهما، وإن كان جاهلاً، لا يجوز[7].

---

(١) (يجيء) : في ب وفي أ ، حـ يحكى .

(٢) أما إذا عقد بالوكالة ، وحصل التعدد في الوكيل أو في الموكل ، فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعاقد ، أو المعقود له ؟ فيه أوجه :

(٣) أصحهما : عند الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقد تتعلق به ، وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ، ويعتبر رؤيته دون الموكل ، وهو الوجه الأول .

(٤) (وأبي زيد) : في أ ، حـ وساقطة من ب .

(٥) (بعدد) : في ب ، حـ وفي أ تعدد .

(٦) (وعنه) : في ب ، حـ وساقطة من أ .
ونسب بعضهم هذا القول إلى أئمة العراق، وهو الأصح في الأصح في الوجيز للغزالي/ السبكي ٣٤٧/١١، وهذا هو الوجه الثاني .

(٧) والثالث : الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له ، وفي الشراء بالعاقد ، قاله أبو إسحاق المروزي ونسبه الروياني إلى القفال ، والفرق ، أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له ، ولهذا لو أنكر المعقود له الإذن في المباشرة ، وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع.
قال الإمام رحمه الله: وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل في الشراء في الذمة ، فإن وكله بشراء عبد بثوب معين ، فهو كالتوكيل بالبيع/السبكي ٣٤٧/١١ .=

على طريقة أبي إسحاق: العقد متعدد من جانب البائع (فلهما)[1] رد نصيب أحد البائعين.

ولو أراد أحدهما، رد نصيبه، لم يكن له، فيكون الاعتبار في جانب (البيع)[2] (بالمعقود له، وفي جانب الشراء بالعاقد- فإن كل

= والرابع: قال في التتمة: الاعتبار في جانب الشراء بالموكل، وفي البيع بهما جميعاً، فأيهما تعدد، تعدد العقد اعتباراً بالشقص المشفوع، فإن العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصاً لاثنين، فللشفيع أخذ حصته أحدهما بالفلس، ولو اشترى وكيلان شقصاً لواحد، لم يجز للشفيع أخذ بعضه، وفي جانب البيع، حكم تعدد الوكيل، والموكل واحد، حتى لو باع وكيل رجلين شقصاً من رجل، ليس للشفيع أخذ بعضه، وإذا ثبت ذلك في الشفعة، ثبت في سائر الأحكام.

قال صاحب التتمة، وهذا أبعد الطرق، لأن في باب الشفعة يأخذ من المشتري فإذا أخذ نصف ما في يده أضر به، وههنا يرد على البائع، فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له، لم يتضمن ضرراً، وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع، فرد عليه نصف ماله، تضمن ضرراً وهذا الذي قاله صاحب التتمة صحيح، ومدرك الشفعة غير مدرك هذا الباب، ولذلك نقول في الشفعة، إن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري جزماً، وفي البائع خلاف عكس ما في هذا الباب، ففي كل باب ينظر إلى المعنى المختص بذلك الباب.

والخامس: إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل، وإن كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد، وهذا بالعكس مما قاله أبو إسحاق، حكاه القاضي حسين في تعليقه، وهو مغاير لما حكاه صاحب التتمة، فهذه خمسة أوجه في تعدد الصفقة واتحادها إذا جرت بوكالة السبكي ١١/٣٤٧- ٣٤٨.

(١) (فلهما): في ب وفي آ حـ فله.

(٢) (البيع): في ب، حـ وفي أ المبيع.

واحد)[1] منهما أن يرد (نصيبه عليهما)[2]، ولو أرادا، أو أحدهما: أن يرد ما ملك من واحد منهما، لم يجز.

---

(1) (بالمعقود له ، وفي جانب الشراء بالعاقد فإن كل) : في ب ، حـ وفي ساقطة .

(2) (نصيبه عليهما) : في ب ، حـ وفي أ نصيب ما عليهما .

فصـــل

وإن زاد المبيع زيادة غير متميزة، رده مع الزيادة[1]، وإن كانت

---

(١) لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك ، فلا يجوز أن ترد دونها/المهذب للشيرازي ٣٥٦/١١ الزيادة المتصلة التي لا تتميز كالسمن ، وتعلم العبد الحرفة ، والقرآن ، وكبر الشجر ، وكثرة أغصانها تابعة ، يرد الأصل ولا شيء على البائع بسببها ، ويجبر البائع على قبول العين الزائدة ، وأوراق شجرة الفرصاد ، اختلف الأصحاب في أنها كالأغصان ، أو كالثمار ، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان ، قالهما الإمام رحمه الله .

ولو اشترى غزلاً فنسجه ، ثم علم به عيباً ، قال الماوردي : حكى ابن سريج فيه قولين : أحدهما : يتخير المشتري بين الرد ولا أجرة له عن النسيج ، وبين الإمساك وأخذ الإرش ، لأن النساجة أثر لا عين .

والثاني : أن البائع إن بذل الأجرة ، فله أن يسترده منسوجاً ، وإن امتنع ، لزمه الأرش، لأن النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض، قال الروياني وهذا أصح عندي، ولا يجوز غيره، قال المحاملي: وفي هذا نظر وأن خيار البائع إنما يترتب على إمساك المشتري، وطلب الأرش، فكيف يجعل قولاً ثانياً؟.

متميزه (كاكتساب)[1] العبد ونتاج البهيمة، أمسك الزيادة، ورد الأصل، وبه قال أحمد [2].

= بل يتحرر الجواب في المسألة بأن نقول : المشتري بالخيار بين الرد ، ولا أجرة له وبين الإمساك وأخذ الأرش ، فإن اختار الإمساك ، كان للبائع دفع أجرة النسج والرد ، فإن اختار ذلك ، أجبر المشترى ، وإن لم يختر ، أجبر البائع على دفع الأرش.

وقال صاحب التهذيب : لو زاد المشترى في المبيع شيئاً بصنعه ، بأن كانت داراً فعمرها ، أو ثوباً فصبغه ، ثم اطلع على عيب إن أمكنه ، نزع الزيادة من غير نقص ، نزعها ورد الأصل ، وإن لم يمكنه ، فإن رضي بأن يرد ، ويبقى شريكاً في الزيادة رد ، وإن امتنع أمسكه وأخذ الأرش/السبكي ١١/٣٥٦ .

(١) (كاكتساب) : في ب ، حـ وفي أ كاساب .

(٢) إذا كانت الزيادة من غير عين المبيع كالكسب ، فله أخذ غلتها أو منافعها الحاصلة من جهتها ، كالخدمة والأجرة والكسب ، وكذلك ما يوهب ، أو يوصى له به ، فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانة ، لأن العبد لو هلك ، هلك من مال المشتري وهو معنى قوله ﷺ (الخراج بالضمان) ولا نعلم في هذا خلافاً .

وقد روى أبو داود ، وابن ماجه ، والحاكم في المستدرك : (عن عائشة رضي الله عنها : « أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به ، ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي ﷺ ورد عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله ، قد استغل غلامي ، فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان») مختصر سنن أبي داود ١٦١/٥ ، ورواه سعيد في سننه عن مسلم بهذا الإسناد ، وقال فيه : « الغلة بالضمان» المغني لابن قدامة ١٦٠/٤ ـ ١٦١

وعن مخلد قال : ابتعت غلاماً فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب ، فخاصمته فيه إلى عمر بن عبد العزيز فقضى له برده ، وقضى علي برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال : أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني : أن رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا : أن الخراج بالضمان ، فعجلت إلى عمر ، فأخبرته ما أخبرني عروة ، فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته ، الله يعلم =

(ومن أصحابنا من (عكس)[1] ذلك، فقال : الاعتبار في الشراء بالمعقود له، وفي جانب البيع بالعاقد فيكون العقد متعدداً في جانب الشراء، متحداً في جانب البيع فإن) [2].

وقال مالك : إن كان النماء[3] ولداً، رده مع الأصل، وإن كان ثمرة، أمسكها ورد الأصل.

قال أبو حنيفة، حصول (النماء) في يد المشتري، يمنع الرد بالعيب بكل حال[4].

= إني لم أر فيه إلا الحق ، فبلغني فيه بسنة عن رسول الله ﷺ ، فراح إليه عروة ، فقضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى به علي له ، السبكي ٣٥٨/١١ .

وإذا كانت الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن ، فهي للمشتري أيضاً ، ويرد الأصل دونها ، وبهذا قال الشافعي : لأنه حادث في ملك المشتري فلم يمنع الرد ، كما لو كان في يد البائع وكالكسب ، ولأنه نماء منفصل فجاز رد الأصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك وقولهم : إن النماء موجب العقد غير صحيح ، إنما موجبه الملك ، ولو كان موجباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ ، وقول مالك : لا يصح ، لأن الولد ليس بمبيع ، فلا يمكن رده بحكم رد الأم ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما ، فأنه لا يسري إلى الولد بوجوده في الأم وإن كان قد نقص ، فهذا نذكر حكمه إن شاء الله تعالى/المغني لابن قدامة ١٦١/٤ .

(١) (عكس) : في حـ وفي أ ، ب عطف .

(٢) (ومن أصحابنا : من عكس .... في جانب البيع فان) : في ب وساقطة من أ ، حـ .

(٣) (النماء) : في ب ، وساقطة من أ .

(٤) لا امتناع الرد بسبب الزيادة ، لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها ، لأنها لا تنفك عنه ، ولا وجه إليه معها ، لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً ، وليس للبائع أن يأخذه ، لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه/أنظر الهداية للمرغيناني ٣٧٦/٦ .

وإن كان المبيع جاريه (فحملت)[1] عند المشتري، وولـدت، ردها وأمسك الولد[2] .

ومن أصحابنا من قال : لا يرد الأمة ، ويرجع بالأرش[3] .

وإن اشتراها وهي حامل فولدت عنده؟
فإن قلنا: للحمل حكم رد الجميع .

وإن قلنا: لا حكم له، رد الأم، وأمسـك الولـد إذا لم تنقص بالولادة .

وحكي فيه وجه آخر: أنه على هذا (القول ،يرد)[4] الولد مع الأم .

وإن حبلت عند المشتري (فردها)[5] بالعيب حاملاً ولم ينقصها الحمل.

فإن قلنا: لا حكم للحمل، فهو للبائع .

وإن قلنا: للحمل حكم، ففيه وجهان:

أحدهما : أنه للبائع .

والثاني : أنه للمشتري .

---

(١) (فحملت) : في أ ، حـ وفي ب فحبلت ، أنظر المهذب للشيرازي ١١/٣٧٦ .

(٢) وفي حـ زيادة وهي (جع بالد) .

(٣) لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز ، وهذا لا يصح ، لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله في الجارية المرهونة أنها تباع دون الولد/أنظر المهذب للشيرازي ١١/٣٧٦ .

(٤) (القول . يرد) : في ب ، حـ وفي أ القول به يرد .

(٥) (فردها) : في ب ، حـ وفي أ فيردها .

(وإن) كان[1] المبيع (جارية ثيباً فوطئها)[2] المشتري، ثم علم بالعيب، فله أن يردها، ولا يرد معها شيئاً، وبه قال مالك، وأبو ثور، وإحدى الروايتين عن أحمد، ورواه أبو علي الطبري عن زيد بن ثابت[3].

---

(١) (وإن) : في ب ، حـ وفي أ ولو أنظر المهذب ٣٨٣/١١ .

(٢) (جارية ثيبا فوطئها) : في ب ، حـ وفي أ جارية فوطئها بإسقاط ثيبا .

(٣) هذه مسألة مشهورة ، اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب

أحدها : أن يردها كما ذكره المصنف ، ولا يرد معها شيئاً ، وهو مذهب الشافعية الذي نص عليه الشافعي والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه، ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ، ولا يكون بالوطء قابضاً لها على المشهور، ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها فإن تلفت قبل القبض ، فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه ؟ والصحيح : لا مهر ، ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطيء المشتري ، كأب وابنه أولاً ، فإن ذلك لا يمنع الرد .

والثاني : أنه لا يرد ، ولا يرجع بالأرش ، وهو قول أبي حنيفة والثوري ، وأبي يوسف ، وإسحاق وروي ذلك عن عمر ، وعلي بن أبي طالب ، وابن سيرين ، والزهري .

والثالث : أنه روي نحو ذلك عن عمر .

قال ابن المنذر: المهر في قول ابن أبي ليلى، يأخذ العشر من قيمتها، ونصفاً، فيجعل المهر نصف ذلك، يعني يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها، بذلك صرح عنه غيره.

الرابع : يردها ويرد معها مهر مثلها ، بالغاً ما بلغ ، وهو قول ابن شبرمة ، والحسن بن حي ، وعبد الله بن الحسن .

والخامس : يردها ويرد معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول شريح ، والنخعي ، وقتادة ، وروي من طريق الشعبي عن عمر .

والسادس : يردها ، ويرد معها حكومة ، وهو قول الشبعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه، لا يردها وبه قال الزهري، والثوري، وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

وقال ابن أبي ليلى: يردها، ويرد معها مهر مثلها، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)[1].

فإن وطأ (البائع)[2] الجارية المبيعة قبل القبض، عالماً بالتحريم، فقد ذكر في وجوب (المهر)[3] عليه، وجهان[4]:

= والسابع: أنها لازمة لو صح ذلك عن الحسن، وعمر بن عبد العزيز، وهي رواية عن علي بن أبي طالب، فلا يردها، ولا يرجع بشيء على هذا القول.

والثامن: يردها ويرد معها عشر ثمنها، وهو قول ابن المسيب وروي عن ابن المسيب، يرد معها عشرة دنانير ولعل ذلك كان عشر ثمنها، فلذلك لم أعده مذهباً آخر دون تحقيق هذا في وطء الثيب، وهذه المذاهب الثمانية. ترجع إلى أربعة أقوال:

١ - يردها ولا شيء معها كمذهبنا.
٢ - أو بامتناع ردها والرجوع بالأرش كمذهب أبي حنيفة.
٣ - أو امتناع ردها، ولا يرجع بشيء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز
٤ - أو يردها ويرد معها شيئاً كمذهب الباقين/السبكي ١١/٣٨٣ - ٣٨٤.

(١) (رضي الله عنه): في أ حاشية أ، وفي صلب ب، حـ.

(٢) (البائع): غير واضحة في أ.

(٣) (المهر): في أ، حـ وفي ب الحد.

(٤) قال أبو علي الفارقي: إنا إن قصدنا بالوطء الفسخ، ولا يجب عليه المهر، لأنه وطيء في ملكه، فإن لم يقصد به الفسخ، لم يكن فسخاً قولاً واحداً، ويجب المهر ولا حد عليه.

وإن وطأها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين، وإن لم يقصد، كان الوطء محرماً، ويلزمه المهر ولا حد للشبهة.

وإن كان جاهلاً بالتحريم، فهو بمنزلة استخدامه لها، ففي وجوب الأجرة والمهر قولان بناء على أن جناية البائع بمنزلة جناية الأجنبي (أو لا)[1].

وذكر القاضي حسين رحمه الله : في استخدام المشتري (للجارية)[2] المبيعة، في مدة خيار الشرط، وتقبيله ووطئه فما دون (الفرج)[3] في إسقاط خياره (به)[4] (وجهان)[5].

وإن وطئت بشبهة قبل القبض، فلمن يكون المهر؟ فيه جوابان: إذا فسخ البيع بناء على أن الفسخ من وقته، أو من أصله .

---

(١) (أو لا): في أ ، ب وفي حـ أم لا .

(٢) (للجارية) : في ب وفي أ ، جـ الجارية .

(٣) (الفرج) : ساقطة من أ ، ب وموجودة في حـ .

(٤) (به) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٥) (وجهان) : في أ، ب وفي حـ وجهين .

فصل

وإن وجد بالمبيع عيباً وقد (حدث عنده)[1] نقص في يده (بمعنى)[2] لا يقف استعلام العيب عليه، كوطىء البكر، وقطع الثوب، وتزويج الأمة، فإنه لا يردها، ويرجع بالأرش[3].

---

(١) (حدث عنده) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٢) (بمعنى) : في ب ، حـ وفي أ لمعنى .

(٣) النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه ، لا خلاف أنه لا يعتبر ، أما إذا كان النقص حاصل في المبيع كافتضاض البكر ، وقطع الثوب ، وتزويج الأمة ، فإنه يمتنع الرد ، لأنه أخذه من البائع وبه عيب ، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه ، وينتقل حقه إلى الأرش ، لأنه فات جزء من المبيع ، وتعذر الفسخ بالرد وجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الأرش /المهذب للشيرازي ٣٨٩/١١ .

قال الشافعي : إن كانت بكراً فافتضها ، لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة ومعيبة من الثمن ، ثم قال عن حدوث العيب عند المشتري =

وقال مالك : يردها ويرد أرش البكارة، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد، وبناء على أصله فإن العيب الحادث عنده لا يمنع الرد[1] .

فإن كان المبيع إناء من فضة، وزنه ألف، (وقيمة الصنعة)[2] الفان، فباعه بألف درهم وكسره، ثم علم به عيباً، لم يجز له الرجوع بالأرش، ولكنه يفسخ البيع، ويسترجع الثمن ويدفع قيمة الإبريق ذهباً وحكي عن أبي العباس بن سريج (ذلك)[3] .

= فقال : فإن حدث عنده عيب ، كان له قيمة العيب إلا أن يرضى البائع أن يقبلها ناقصة، فيكون ذلك له إلا أن يشاء المشتري حبسها ولا يرجع بشيء/السبكي ١١/٣٩٠ .

(١) لأنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا للاستعلام ، فأثبت الخيار ، كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض/المغني لابن قدامة المقدسي ٤/١٦٤ .

(٢) (وقيمة الصنعة) : في ب وفي أ ، حـ وقيمته للصنعة .

(٣) (ذلك) : موجودة في أ ، حـ وساقطة من ب ، وفي مسألة ابن سريج أوجه . أصحهما : وهو قول الشيخ أبي حامد ، والقاضي أبي الطيب والمحاملي ، أنه يفسخ المبيع ويرد الإناء ويغرم أرش النقص الحادث ، ولا يلزم الربا ، لأن المقابلة بين الإناء والثمن ـ وهما متماثلان ، والعيب الحادث مضمون عليه ، واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص واستدلوا على تعذر رده مع أرش العيب الحادث ، بأن المردود يزيد على الثمن ، وكلا الأمرين ربا.
الوجه الثاني : أنه يفسخ العقد لتعذر إمضائه مع أخذ الأرش ، لما فيه من ضرر المشتري، ولا يرد الحلى على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه ، فجعل كالتالف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيباً بالعيب القديم سليماً عن الحادث ، وقال الشيرازي . إنه أبعد الوجوه .
الوجه الثالث : أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور ، والمماثلة في الربوي ، إنما نشترط في ابتداء العقد وا الأرش حق ، وجب بعد ذلك ، لا يقدح في العقد السابق =

وحكى أبو القاسم الداركي: وجهاً آخراً (أنه)[1] يرجع بالأرش[2].

وحكى الشيخ أبو نصر رحمه الله: مع الوجه الأول وجهاً آخر فقال: ومن أصحابنا من قال: بفسخ البيع وبرد الإبريق، وأرش ما نقص، ويكون بعد الفسخ بمنزلة المأخوذ على جهة (وجه)[3] السوم إذا حدث فيه نقص، واختاره القاضي أبو الطيب رحمه الله.

فأما إذا تلف الإبريق، فإنه يفسخ العقد، ويرد قيمته، ويسترجع الثمن، وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ.

وقد جوز الشافعي: الفسخ بالإقالة بعد التلف، وباختلاف المتبايعين.

وحكى في الحاوي: أنه إذا كان قد اشتراه بدراهم لم يرجع بالأرش وجهاً واحداً، وإن كان قد اشتراه بدنانير، ففي الرجوع بالأرش وجهان:

= قال الرافعي رحمه الله: واعلم أن الوجه الأول والثاني متفقان على أنه لا يرجع بارش العيب القديم، وأنه يفسخ العقد، وإنما اختلافهما في أنه يرد مع أرش النقص، أو يمسك ويرد قيمته، وأما صاحب الوجه الثالث، فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضاً كما في سائر الأموال/السبكي ١١/٤٣٥.

(١) (انه): في ب وفي أ، حـ به.

(٢) لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به، والدليل عليه: أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا، ولا يقال: إن هذا لا يجوز، لأنه يصير الثمن مجهولاً/المهذب للشيرازي ١١: ٤٣٥، وانظر روضة الطالبين للإمام النووي ٣: ٤٨٢.

(٣) (وجه): في ب وساقطة من أ، حـ.

وإن وجد العيب، وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه (كالجوز)[1] والبيض، والبطيخ فإن كان الكسر قدراً لا يوقف العيب إلا به[2] ففيه قولان:

أحدهما: لا يرد، وهو اختيار المزني

---

(١) (كالجوز): في حـ وفي أ، ب كالجزر وهـذا تصحيف من النساخ، أنـظر المهذب للشيرازي ٤٤٣/١١، وإنما قال المصنف رحمه الله على جنسه ولم يقل عليه. ليشمل ما إذا كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه، وما إذا كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منـه.

فما لا يوقف على عيبه إلا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره، كالبطيخ، والرمان، واللوز والجوز، والبندق، والبيض، فكسره فوجده فاسداً، لا قيمة له، كالبيض المذر الذي لا يصلح لشيء، والبطيخ الشديد التغير، والرمان العفن، والجوز، والقثاء المدود، فقد نص الشافعي رحمه الله والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن، لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه، فالبيع عندئذٍ باطل المهذب مع المجموع للسبكي ٤٤٣/١١.

(٢) قال المزني: سمعت الشافعي يقول: كل ما اشتريت مما يكون مأكـوله في جوفه، فكسرته، فأصبته فاسداً ملك رده، وما بين قيمته فاسداً صحيحـاً، وقيمته فاسداً مكسوراً.

وقال المزني: قال الشافعي في موضع آخر: فيها قولان.

أحدهما: ليس له الرد إلا إن شاء البائع، وللمشتري ما بين قيمته صحيحاً وفاسداً، إلا أن يكون له فاسداً قيمته فيرجع: جميع الثمن إذا لم يكن لفساده قيمة/الأم: باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله، وما ذكره الشافعي رضي الله عنه من الرجوع بجميع الثمن إذا لم يكن لفساده قيمة، قطع بها الأصحاب كافة، لكن اختلفوا في طريقه. قال معظم الأصحاب: يتبين فساد البيع لو ردوه على غير متقوم.

وقال القفال وطائفة: لا يتبين فساد البيع، بل طريقه استدراك الظلامة، وكما يرجع بجـزء من الثمن لنقص جزء من المبيع، يرجع بكله لفوات كل ـ

....

=المبيع ، وتظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يكون عليه تنظيف الموضع منها؟

أما إذا كان لفاسده قيمة ، كبيض النعام ، والبطيخ إذا وجده حامضاً ، أو مدوداً بعض الأطراف، فللكسر حالان:

أحدهما : أن لا يوقف على ذلك الفساد إلا بمثله ، فقولان .

أظهرهما : عند الأكثرين ، له رده قهراً كالمصراة .

والثاني : لا ، كما لو قطع الثوب ، فعلى هذا هو كسائر العيوب الحادثة ، فيرجع المشتري بأرش العيب القديم ، أو يضم أرش النقصان إليه ، ويرده كما سبق .

وعلى الأول : هل يغرم أرش الكسر؟ قولان .

أظهرهما: لا ، لأنه معذور ،

والثاني : يغرم ما بين قيمته صحيحاً فاسد العيب ومكسوراً فاسد اللب ، ولا ينظر إلى الثمن.

الحال الثاني : أن يمكن الوقوف على ذلك الفساد بأقل من ذلك الكسر ، فلا رد على المذهب كسائر العيوب ، وقيل : يطرد القولين .

إذا عرفت هذا ، فكسر الجوز ونحوه ، من صور الحال الأول ، وترضيض بيض النعام ، من صور الحال الثاني ، وكذا تقدير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه ، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير ، والتدويد لا يعرف إلا بالتقوير ، وقد يحتاج إلى الشق ليعرف ، وقد يستغنى في معرفة حال البيض بالقلقة عن الكسر . ولو شرط في الرمان الحلاوة ، فبان حامضاً بالغرز، ردٌ ، وإن بان بالشق ، فلا/ روضة الطالبين للإمام النووي ٣/٤٨٤ ـ ٤٨٥ .

القول الثاني من أقوال الشافعي : أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ، ويسترد جميع الثمن ، وهذا غير قول القفال ، لأنه يقول : إن ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد ، كالأرش ، حتى تبقى القشور للمشتري ، ومقتضى هذا القول القائل : بأن الانفساخ إذ ترجع القشور للبائع ، ويلزمه تنظيف المكان عنها/السبكي ١١/٤٤٥ .

(وقول أبي حنيفة)[1].

والثاني : له الرد[2].

وقال مالك ، وأحمد في إحدى الروايتين: ليس له رد، ولا أرش[3].

فإن قلنا: يرد، فهل يلزمه أن يرد أرش الكسر؟ فيه قولان :

أحدهما : يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة.

والثاني : لا يلزمه[4].

وإن كان قد كسر منه قدراً يمكن الوقوف على العيب بما دونه، ففيه طريقان :

أظهرهما : أنه لا يجوز له الرد قولاً واحداً[5].

والثاني : أنه على القولين[6].

---

(١) (وقول أبي حنيفة) : في أ ، ب وفي حـ ويه قال أبو حنيفة .

(٢) لأنه معنى لا يوقف على العيب إلا به ، فلم يمنع الرد كنشر الثوب .

(٣) لا يرجع على البائع بشيء ، وهو مذهب مالك ، لأنه ليس من البائع تدليس ولا تفريط ، لعدم معرفته بعيبه ، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره ، فجرى مجرى البراءة من العيب المغني لابن قدامة ١٨٥/٤ .

(٤) لأن الكسر الذي يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له ، فلا يلزمه لأجله أرش/المهذب ٤٤٧/١١ .

(٥) لأنه نقص حدث ، بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب ، فمنع الرد كقطع الثوب .

(٦) لأنه يشق التميز بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب ، وبين ما زاد عليه ، فسوى بين القليل والكثير/المهذب للشيرازي ٤٥٧/١١ .

وإن كان المبيع ثوباً فنشره، ثم وجد به عيباً، وكان النشر ينقصه (كالشاهجاني)[1] كان على ما ذكرناه من الاختلاف[2] .

فإن وجد بالمبيع عيباً، وحدث عنده عيب، فقال البائع : رد علي واغرم الأرش وقال المشتري (بل أعطني أنت الأرش)،[3] فليس له الرد إلا برضاه، وهل يسقط حقه من الأرش ؟ فيه وجهان :

أصحهما: أنه لا يسقط.

---

(١) (كالشاهجاني) : في أ ، ب ، جـ وفي نسخة ب كالنالجان ، مما يدل على أنها مصححة عن نسخة أخرى .

(٢) إذا اشترى ثوباً مطوياً وهو مما ينقص بالنشر ، فنشره ، ووقف على عيب به لا يوقف عليه إلا بالنشر ، ففيه القولان ، كذا أطلقه الأصحاب على طبقاتهم مع جعلهم بيع الثوب المطوي من صور بيع الغائب ولم يتعرض الأئمة لهذا الأشكال إلا من وجهين :

أحدهما : ذكر إمام الحرمين ، أن هذا الفرع مبني على تصحيح بيع الغائب ،

والثاني : قال صاحب الحاوي وغيره : إن كان مطوياً على أكثر من طاقين ، لم يصح البيع إن لم نجوز بيع الغائب ، وإن كان مطوياً على طاقين ، صح ، لأنه يرى جميع الثوب من جانبيه ، وهذا حسن ، لكن المطوي على طاقين ، لا يرى من جانبيه إلا أحد وجهي الثوب ، وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف ، سبق ، ووراء هذا تصويران :

أحدهما : أن تفرض رؤية الثوب قبل الطيِّ ، والطيُّ قبل البيع

والثاني : أن ما نقص بالنشر مرة ينقص به مرتين أكثر ، فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيُّه ، ثم نشره المشتري فزاد النقص به ، انتظم التصوير/روضة الطالبين للإمام النووي ٣/٤٨٥ - ٤٨٦ .

(٣) (بل أعطني أنت الأرش) : في ب ، حـ وفي أ أعطني الأرش .

فإن باعه بدراهم موصوفه في ذمته من نقد يتعامل الناس به في البلد فحظر السلطان المعاملة به، لم يستحق غيرها .

وقال أحمد: له مطالبته بقيمتها آخر يوم حرِّمت .

وعن أبي حنيفة: روايتان، إحداهما: أنه يجعل بمنزلة تلف المبيع، فيبطل العقد، والثانية (أنه)[1] (لا ينفسخ)[2]، بل يطالب بالنقد الذي استحدثه السلطان .

فإن اشترى أمة مزوجة، ولم يعلم بالتزويج حتى (أقبضها)[3] الزوج، فهل يجوز له الرد بعيب التزويج؟ على قولين :

أحدهما : لا يرد، ويرجع بالأرش .

والثاني : له الرد .

(وإن)[4] لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع، (أو أعتقه)[5]، أو وقفه، كان له الرجوع بالأرش، وبه قال أحمد[6] :

وقال أبو حنيفة: إذا قبله لا يرجع بالأرش[7] .

---

(١) (انه) : في ب ، حـ وفي أ له أن

(٢) (لا ينفسخ) : في أ ، ب وفي حـ لا يفسخ .

(٣) (أقبضها) : في أ ، ب وفي حـ افتضها .

(٤) (وإن) : في أ وفي ب ، حـ فإن والصحيح الأول أنظر المهذب ٤٥٨/١١ .

(٥) (أو أعتقه) : في حـ وفي أ ، ب أو عتقه والصحيح الأول .

(٦) (لأنه أيس من الرد ، فثبت له الرجوع بأرش العيب/المهذب للشيرازي ٤٥٨/١١ .

(٧) لأنه فعل مضمون ، فأشبه ما إذا باعه ، أو أمسكه .

فإن وجد بالمبيع عيباً، وحدث عنده عيب، لم يجز (له) [١] الرد، إلا أن يرضى البائع ويرجع بالأرش، وبه قال أبو حنيفة :

قال حماد بن أبي (سليمـان) [٢]، وأبو ثور :يرده ويرد أرش العيب .

وقـال مالك ، وأحمد: هو بالخيار بين أن (يرده) [٣] ويدفع أرش العيب الحادث، وبين أن يمسكه ويأخذ أرش العيب القديم [٤] .

(وإن لم يعلم بالعيب) [٥] حتى باعه لم يرجع بالأرش [٦].

---

(١) (له) : في أ ، ب وساقطة من جـ .

(٢) (سليمان) : في ب وفي أ ، حـ وسلمه والأول هو الصحيح/أنظر الحلية ج ٣ : ١٢ تحقيقنا .

(٣) (يرده) : في ب وفي أ يتركه وفي حـ يرد .

(٤) وجملة ذلك ، أن المتبايعين إذا اختلفا في العيب ، هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري ؟ لم يخل من قسمين :
أحدهما : أن لا يحتمل إلا قول أحدهما ، كالأصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوثها مثلها ، والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً ، فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لأننا نعلم صدقه وكذلك خصمه ، فلا حاجة إلى استحلافه .
والثاني : أن يحتمل قول كل واحد منهما ، كالخرق في الثوب ، والرخو ونحوهما ففيه روايتان ،
إحداهما : القول قول المشترى ، فيحلف بالله أنه اشتراه ، وبه هذا العيب ، أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار ، لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت ، واستحقاق ما يقابله من الثمن ، ولزوم العقد في حقه ، فكان القول : قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض المبيع ،
والثانية : القول : قول البائع مع يمنه/المغني لابن قدامة ١٨٣/٤ .

(٥) (وإن لم يعلم بالعيب) : في ب ، حـ وفي أ وإن لم بالعيب ، بإسقاط يعلم .

(٦) إذا زال ملكه عن المبيع زوالاً يمكن عوده ، ثم علم بالعيب ، فلا خلاف أنه لا =

وقال أبو إسحاق: العلة فيه أنه استدرك الظلامة.

وقال أكثر أصحابنا[1]: العلة فيه أنه لم ييأس من الرد.

والصحيح من مذهب مالك : أن يرجع بالأرش على البائع[2] .

= يرد في الحال ، وأما الرجوع بالأرش ، فإن زال بعوض كالبيع فقولان :

الأول : وهو الذي قاله أبو إسحاق الشيرازي ، أنه ليس له المطالبة بالأرش ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر فقال : ولو باعها أو بعضها ، ثم علم ، لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء .

وعلل أبو إسحاق الشيرازي وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج عليه وتخلص منه .

(١) وهم الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبي الطيب ، والمحاملي ، وابن أبي هريرة ، وعللوا : لأنه ما أيس من الرد ، فربما يعود إليه ، ويتمكن من رده ، وهذا أصح المعنيين .

قال الشافعي : إذا اشترى الجارية ، أو الثوب ، فباع نصفها ، ثم ظهر منها على عيب ، لم يكن له أن يرد النصف ، ولا يرجع على البائع بشيء من نقص المعيب ، يقال له : ردها أو أحبس ، وإنما يكون له أن يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو أعتقت ، فصارت لا ترد بحال ، أو حدث عنده بها عيب ، فصار ليس له أن يردها عليه بحال ، فأما إذا باعها ، أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها ، فيلزم ذلك البائع ، لم يكن له أن يردها ، ويرجع بنقص العيب ، كما لا يكون له أن يمسكها بيده ، ويرجع بنقص العيب/السبكي ٤٦٦/١١ .

(٢) وهذا هو القول الثاني من زوال المبيع بعوض ، وهو ترجيح ابن سريج ، وحكاه الشيرازي في التنبيه فقال : وقيل : يرجع ، وليس بشيء ، قال ابن الرفعة : وهو صحيح إذ في مختصره : إذا اشترى الرجل العبد ، فباع نصفه ، ثم أصاب عيباً ، فليس له أن يرجع بما نقص العيب ، إلا أن يرده جميعاً .

وقد قيل : يخير البائع ، فإذا أراد أن يأخذ النصف الذي في يديه ، فيكون =

فإن تلف عند المشتري الثاني، لم يرجع بالأرش على قول أبي إسحاق[١]، ويرجع على التعليل الآخر[٢].

فإن رجع إليه ببيع، أو هبة، أو إرث، لم يرده على قول أبي إسحاق[٣]، وعل تعليل غيره يرده[٤].

وحكي عن ابن أبي ليلى: أن للمشتري الأول أن يرجع بالأرش إذا كان قد باعه.

فإن كان قد ابتاع غزلاً، ولم يعلم بعيبه حتى نسجه، فقد حكى أبو العباس بن سريج: فيه (قولين)[٥]:

أحدهما: أنه إن (شاء)[٦] رده منسوجاً، ولا (أجرة)[٧] له، وإن شاء أمسكه معيباً، ولا شيء له.

والثاني: أنه إن (رضي البائع)[٨] أن يعطيه الأجرة رده، وكيفية الرجوع بالأرش.

= شريكاً له به للمشتري ممن اشترى منه فذاك، وإلا رجع عليه بقيمة العيب وهو أحب إليّ/السبكي ٤٦٦/١١

(١) لأنه استدرك الظلامة.

(٢) لأنه قد أيس من الرد.

(٣) لأنه استدرك الظلامة.

(٤) يرد، لأنه أمكنه الرد.

(٥) (قولين): في ب، حـ وفي أ قولان، والصحيح الأول لأنه مفعول لحكى.

(٦) (شاء): في ب، حـ وفي أ ش.

(٧) (أجرة): في ب، حـ وفي أ أحمره وهذا تصحيف ظاهر.

(٨) (رضي البائع): في ب، حـ وفي أ رضي به البائع بزيادة (به).

ذكر الشيخ الإمام أبو إسحاق رحمه الله (في المهذب)[1]: أنه يرجع بالأرش باعتبار أقل القيمتين، من حين العقد، إلى حين (القبض)[2].

(قال الشيخ الإمام أيده الله)[3]: وعندي: أنه لا يظهر لاعتبار ذلك (فائدة)[4]، وإنما (تعتبر قيمته)[5] وقت العقد.

فإن اشترى عبداً أو داراً من رجل، فبان أنه كان وكيلاً، أو وصي ميت، أو أمين حاكم، فهل له الرد ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن له الرد بسبب ذلك.

والعيب: ما يعده، الناس عيباً[6]، كالعمى، والعرج، والصمم،

---

(١) (في المهذب): في ب، حـ وفي أ: المهذب ساقطة.

(٢) (القبض): ساقطة من أ وموجوده في ب، حـ.

(٣) (قال الشيخ الإمام أيده الله أبو إسحاق الشيرازي): في ب وفي أ بحذف (أبو إسحاق) وفي حـ بحذف الشيرازي.

(٤) (فائده): في ب، حـ وفي أ قايده، وهذا تصحيف.

(٥) (تعتبر قيمته): في أ، ب وفي حـ يعتبر قيمه.

(٦) تعريف الشيرازي: العيب الذي يرد به المبيع ،ما يعده الناس عيباً، فإن خفي منه شيء، رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس/المهذب للشيرازي ٤٨٥/١١،

وما ذكره الشيرازي من الضابط السديد، فإن المدرك في ذلك العرف، ولولا ذلك واقتضى العرف فما عده الناس وأهل العرف عيباً كان عيباً، وما لا، فلا، ولكن الإحالة على العرف، قد يقع فيها في بعض الأوقات الباس، ولذلك ضبطه بغير ضابط أبين، وأحسن شيء فيه ما أشار له الإمام الشافعي رحمه الله، ولخصه الرافعي، أن يقال: ما ثبت الرد ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو =

والخرس، والبخر، والزنا، والبول في الفراش (وشرب الخمر)[1]، وقذف المحصنات[2].

(ذكر في الحاوي)[3] وترك الصلاة، والنميمة.

= العين نقصاناً، يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون في أمثال ذلك المبيع عدمه.

وأخصر من ذلك أن يقال: ما نقص القيمة أو العين نقصاناً يفوت به غرض صحيح، ويغلب على أمثاله عدمه،

وبعضهم قال: ما نقص القيمة أو العين من الخلقة التامة.

والحدفية: أن كل معنى ينقص العين بأصل الخلقة أو القيمة، أو يفوت غرضاً مقصوداً شرطه، أو فات بتدليس من جهة البائع، يثبت الخيار، وما خرج من هذه الجملة،فلا يثبت الخيار،

وقال الغزالي رحمه الله: العقيب: كل وصف مذموم، اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً، وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادة، وقد يكون نقصاً من عين كالخصي، أو زيادتها كالأصبع الزائدة والخصى، فإن زادت قيمته، ولكن ما كان منه مقصوداً تتعلق به مالية، وإنما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به، فلم ينقل عن نقصان، وأشار الغزالي بهذا إلى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة في دخوله على الحريم عند من يجوزه، فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت، تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيباً.

(١) (وشرب الخمر): في حـ وفي آ، ب وبأن يشرب الخمر.

(٢) (وقذف المحصنات): في حـ وفي أ، ب وبقذف المحصنات.

هـذه جملة من أمثلة العيوب وإن كـانت لا تنحصـر، ولا مطمـع في استيعابها، فهذه العيوب يثبت للمشتري الرد، لأن هذه عاهات يقتضي مطلق العقد السلامة منها، فلا يلزمه العقد مع وجودها المهذب للشيرازي ٤٨٩/١١.

(٣) (ذكر في الحاوي): في أ، حـ وساقطة من ب.

وقال أبو حنيفة : البخر عيب في الجارية دون العبد، وكذلك الزنا، والبول في الفراش[1] .

وإن وجد الجارية (مغنية)[2]، لم يثبت له الخيار[3].

وحكي عن مالك: أنه يثبت به الخيار[4] .

وإن اشتراها، (فوجدها)[5] معتده، ثبت له الخيار.

---

(١) أربعة أشياء تعتبر عيوباً في الجارية وليست عيباً في الغلام ، البخر ، والدفر ، والزنا ، وولد الزنا ، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش ، وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيباً ، بخلاف الغلام فإنه للاستخدام خارج البيت ، وهذه ليست مانعة منه ، فلا يعد عيباً ، إلا إذا كان البخر ، والدفر من داء ، فيكون عيباً في الغلام أيضاً ، لأن الداء عيب .

وعن أبي حنيفة : الدفر ليس عيباً في الجارية أيضاً إلا أن يفحش فيكون عيباً فيها دونه ، وقيل إذا كان العبد أمرد ، يكون البخر عيباً به ، والصحيح أنه لا فرق بين كونه أمرد وغيره ، والدفر : نتن ريح الإبط، يقال رجل أدفر ، وامرأة دفراء ، ومنه للسب ، يقال : يا دفار معدول عن دافره ، ويقال : شممت دفر الشيء ودفره وهو حدة من طيب أو نتن ، وربما خص به الطيب فقيل مسك أدفر ، ذكره في الجمهرة ، وفيها : وصفت امرأة من العرب شيخاً فقالت : ذهب دفزه وأقبل بخره ،

والبخر : هو الناشيء من تغير المعدة ، دون ما يكون لقلح في الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها أنظر البابرتي على الهداية وفتح القدير ٦/٣٦٠ .

(٢) (مغنية) : في ب وفي أ معيبه ، وفي حـ معينه ، والصحيح الأول .

(٣) لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة ، فلم يعد ذلك عيباً/ المهذب للشيرازي ١١/٥٠٠ .

(٤) لأن الغناء حرام ، وذلك نقص فيها .

(٥) (فوجدها) : في ب وفي أ ، حـ ووجدها .

وإن وجدها محرمة، فهي كالمعتدة، وإن كانت صائمة، فقد ذكر أنها كالمحرمة، وهذا فيه نظر.

فإن اشترى رجل من رجل سلعة (ثم اشتراها)[1]، البائع من المشتري، ثم وجد بها عيباً، كان موجوداً حال العقد الأول (فهل له رده)[2] فيه وجهان:

أظهرهما: أنه له الرد.

وإذا اشترى عبداً، فوجده مأذوناً له في التجارة، وقد ركبته الديون، لم يثبت له الخيار.

وحكى أصحابنا عن مالك: أن له الخيار.

وقال أبو حنيفة: البيع باطل، بناء على أصله في تعلق الدين برقبته.

إذا اشترى عبداً على أنه كافر، فخرج مسلماً، ثبت له الخيار[3] وقال المزني: لا خيار له[4].

---

(١) (ثم اشتراها): في ب، جـ وفي أ واشتراها.

(٢) (فهل له رده): في ب، جـ وفي أ فهل رده بإسقاط له.

(٣) لا لنقيصة ظهرت، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة، ومالية الكافر أكثر، ولأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم، وفوات الشرط بمنزلة العيب/الهداية مع فتح القدير ٣٦١/٦.

(٤) لأن المسلم أفضل من الكافر، وهذا لا يصح، لأن المسلم أفضل في الدين، إلا أن الكافر أكثر ثمناً، لأنه يرغب فيه المسلم، والكافر والمسلم لا يشتريه الكافر/المهذب للشيرازي ٥١٠/١١ ومثل هذا: وإن تزوجها على أنها كتابية فإذا هي مسلمة، لم يكن له فسخ النكاح، لأنها خير من الكتابية، قال المزني: هذا يدل على أن الأمة إذا اشتراها على أنها نصرانية، فإذا هي مسلمة لا خيار، =

وإن اشتراه مطلقاً، فبان كافراً، فلا خيار له.

وحكى في الحاوي عن أبي حنيفة : أنه ثبت له الخيار[1] .

إذا اشترى جارية على أنها ثيب، فخرجت بكراً، فلا خيار له على أصح الوجهين[2] :

(وإن)[3] اشترى حيواناً على أنه بغل، فخرج حماراً ففيه وجهان:

أحدهما : أن البيع باطل[4] .

والثاني : أنه يصح، ويثبت له الخيار[5] .

= وإذا اشتراها على أنها مسلمة فإذا هي نصرانية ، له أن يردها في قياس قول الشافعي في كتاب النكاح.

وفي المسلمة وجه ثالث : أنه إن كان قريباً من بلاد الكفر ، أو في ناحية أغلب أهلها الذميون ، ثبت الخيار ، وإلا فلا ، وهو اختيار القاضي حسين ، ومحل كلام الشافعي على ذلك وقد جمع الإمام الأوجه الثلاثة في كتاب النكاح/السبكي ٥١١/١١ .

(١) لأن طبع المسلم ينفر عن حمية الكافر للعداوة الدينية ، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات ، فتختل الرغبة/الهداية مع فتح القدير ٣٦١/٦ .

(٢) لأن البكر أفضل من الثيب .

والوجه الثاني : أنه يثبت له الرد ، لأنه قد يكون ضعيفاً لا يطيق وطء البكر ، فكانت الثيب أحب إليه ، والمذهب الأول ، لأنه لا اعتبار بما عنده ، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، والبكر أفضل من الثيب في الثمن .

(٣) (وإن) : في ب ، حـ وفي أ فإن .

(٤) لأن العقد وقع على جنس ، فلا ينعقد في جنس آخر .

(٥) لأن العقد وقع على العين ، والعين موجوده ، فصح البيع ، وثبت له الرد ، لأنه لم يجده على ما شرط .

فإن اشترى عبداً، فبان أنه كان قد جنى جناية عمداً وقد تاب، فهل يثبت له الخيار؟ فيه وجهان(١) :

---

(١) وذكر الشيرازي قولين بدل وجهين :

أحدهما : أن البيع صحيح ، وهو اختيار المزني ، لأنه إن كانت الجناية عمداً ، فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح كالعتق بيد المرتد ، أو يخشى هلاكه ، وترجى سلامته فجاز بيعه كالمريض ، وإن كان خطأً فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره ، فلا يمنع من بيعه .

والقول الثاني : أن البيع باطل ، لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمي ، فلا يصح بيعه كالمرهون

وفي موضع القولين ثلاث طرق :

أحدها: أن القولين في العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال ، ولأنه يسقط إلى مال بالعفو فكان كالمال.

والثاني : أن القولين في جناية لا توجب القصاص ، فأما فيما توجب القصاص ، فلا تمنع البيع قولاً واحداً ، لأنه كالمرتد .

والثالث : أن القولين فيما يوجب القصاص ، فأما فيما يوجب المال ، فلا يجوز قولاً واحداً لأنه كالمرهون .

فإذا قلنا : أن البيع صحيح في قتل العمد ، فقتل العبد في يد المشتري، ففيه وجهان :

قال أبو العباس وأبو علي بن أبي هريرة : إن علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرش ، وإن لم يعلم ، رجع بأرش العيب ، لأن تعلق القتل برقبته كالعيب ، لأنه ترجى سلامته ويخشى هلاكه ، فهو كالمريض ، وإذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه ، لم يرجع بالأرش ، وإن لم يعلم رجع ، فكذلك ههنا ، فعلى هذا إذا لم يعلم بحاله وقتل ، قوم وهو جان ، وقوم غير جان ، فيرجع بما بينهما من الثمن.

وقال أبو إسحاق : وحدود القتل بمنزلة الاستحقاق ، وهو المنصوص ، فإذا قتل انفسخ البيع ، ورجع بالثمن على البائع علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم ، لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فأشبه ماذا استحق ، =

فإن اشترى جارية ، فبان أنها لا تحيض[1].

فقد حكى أبو زيد عن الشافعي رحمه الله: أنه نص في الكبير على أن له الخيار.

قال القاضي حسين: يجب أن يفصل، فإن كانت شابة دون العشرين، فعدم الحيض فيها، ليس بعيب، وبعد ذلك يكون عيباً.

فإن حاضت مرة، ثم انقطع (حيضها)[2]، لم يكن عيباً، وهذا فيه نظر، فإن كان النص (ثابتاً)[3]، فينبغي أن يكون إذا كان ذلك لعلة.

فإن ملك عبده مالاً وباعه، وقلنا: أنه يملك، لم يدخل ماله في البيع إلا أن (يشترطه)[4] المشتري.

= ويخالف المريض فإنه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع ، وإنما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري، فلم يرجع بجميع الثمن/المهذب للشيرازي ١١/٥٢٩ .

(١) وكذلك استمراره عيب لأنه علامة الداء ، فكان الانقطاع والاستمرار دليلاً على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه ، بخلاف ما إذا كانت بسن الإياس، فإن الانقطاع ليس عيباً حينئذٍ ، فحقيقة التعيب فيهما بالداء.

ويعتبر في الارتفاع الموجب للعيب ، أقصى غاية البلوغ وهو أن يكون سنها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ، ويعرف الارتفاع والاستمرار بقول الأمة ، لأنه لا طريق له إلا ذلك/فتح القدير ٣٦٢/٦ .

(٢) (حيضها) : في ب ، حـ وفي أ عيبها .

(٣) (ثابتاً) : في جـ وفي أ ثانياً وهذا تصحيف وفي ب بثا .

(٤) (يشترطه) : في حـ وفي أ ، ب، يشترط.

(وقال الحسن البصري : يدخل ماله في البيع إلا أن يشترطه المشتري)[1].

وقال الحسن البصري : يدخل ماله في مطلق البيع تبعاً له، وكذلك إذا أعتقه، وحكي في الحاوي ذلك عن مالك .

فإن شرط معه ماله، ثم أخذ ماله، ووجد به عيباً (وأراد)[2] رده، لم يكن له وقال مالك : له رده دون ماله .

---

(١) (وقال الحسن البصري .... المشترى) : ساقطة من ب ، حـ وموجودة في أ .

(٢) (وأراد) : في أ ، حـ وفي ب فأراد .

فصل

فإن باع عبداً جانياً، ففيه قولان :

أحدهما : أن البيع صحيح، وهو أختيار المزني، وهو قول أبي حنيفة.

والثاني : أن البيع باطل .

وفي موضع القولين ثلاث طرق :

أظهرها : أن القولين في الخطأ (والعمد)[1] .

والثاني : أن القولين في الخطأ.

فأما ما يوجب القود، (فلا)[2] يمنع البيع قولاً واحداً.

والثالث : أن القولين، فيما يوجب القود، فأما الخطأ، فيمنع البيع قولاً واحداً .

---

(١) (والعمد) : في ب ، حـ وفي أ والعبد .

(٢) (فلا) : في ب ، حـ وفي أ ولا .

فإن قلنا: إن البيع صحيح في جناية (العمد)[1]، فقتل العبد في يد المشتري، ففيه قولان :

قال أبو العباس بن سريج، وأبو علي بن أبي هريرة: إن علم المشتري بالجناية حال العقد، لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم، رجع بأرش العيب.

وقال أبو إسحاق: وجوب القتل بمنزلة الاستحقاق، وهو المنصوص عليه، فإذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن، علم بالجناية حال العقد، أو لم يعلم، وهو قول أبي حنيفة.

(وإن)[2] اشترى عبداً مرتداً، فقتل في يده[3] .

ففي قول أبي إسحاق: ينفسخ البيع .

وفي قول: أبي علي بن أبي هريرة: إن كان قد علم بالردة لم

---

(١) (العمد) : في ب ، حـ وفي أ العبد .

(٢) (وإن): في أ ، حـ وفي ب فإن .

(٣) بيع العبد المرتد صحيح في مذهب الشافعي رحمه الله ، كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، ويروى عن أبي علي بن أبي هريرة حكاية وجه ، أنه لا يصح تخريجاً من الخلاف في العبد الجاني ، والمشهور الأول وهو صحة البيع ، لأن رقبة الجاني مستحقة لآدمي ، وله العفو على مال ، فكان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد

فإذا قلنا بصحته : فقتل قبل القبض ، انفسخ العقد على ما تقدم ، وإن قتل في يد المشتري بالردة السابقة ، فعلى الخلاف المتقدم في الجاني على قول أبي إسحاق وابن الحداد ، والمنصوص للشافعي ينفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشترى جاهلاً بردته/السبكي ٥٣٥/١١ .

يرجع بالأرش وإن لم يعلم بها يرجع به[1] وإن كان قد قتل في المحاربة، (وانحتم)[2] قتله[3] .

فقد ذكر الشيخ أبو حامد في التعليق: إن البيع باطل[4].

---

(١) وقول ابن سريج ، فإن كان قد علم بالردة ، لم يرجع بالأرش ، لأنها عيب رضي بها ، وإن لم يعلم رجع ، كتعذر الرد ، فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب ، فيتقوم مرتداً ، وغير مرتد ، ويرجع بما بينهما منسوباً من الثمن .
قال الأصحاب : فإن قيل : المرتد قتل لإقامته على الردة ، وذلك حادث في يد المشتري ، فالجواب . إنه إنما قتل بالردة السابقة ، لأنه لو قتله إنسان قبل الاستتابة ، لم يضمنه ، فإقامته على الردة ، لم توجب القتل ، لكن استيفاء ما وجب عليه /السبكي ٥٣٥/١١ ،

(٢) (وانحتم : في أ ، حـ وفي ب فانحتم والصحيح الأول/أنظر المهذب للشيرازي ٥٣٥/١١ .

(٣) إذا قتل في المحاربة ، فإن تاب قبل أن يقدر عليه ، فالقود ههنا متحتم ، بل هو إلى ولى الدم ، والحكم فيه على ما تقدم في جناية العبد ، وإن قدر عليه قبل أن يتوب وقلنا : تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذلك/السبكي ٣٥٦/١١ .

(٤) فإن قلنا : لا تسقط ، فثلاث طرق ،

إحداها : قال الشيخ أبو حامد الأسفرايني : لا يجوز البيع قولاً واحداً ، لأن قتله محتم ، ويفارق المريض والمرتد والقاتل في غير المحاربة ، لرجاء برء المريض وإسلام المرتد ، والعفو عن القاتل ، ولم أر في تعليق أبي حامد التعليل بعدم المنفعة ، بل يتحتم القتل ، فجاز أن يقول : منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصوده ، وأما الدين ، فإنه باق يتخلص بالعتق للعبادة ، ومنافع الدنيا والأخرة ، واختار ابن أبي عصرون ما قاله الشيخ أبو حامد وقطع به في المرشد وقال : جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه بدليل الآبق والمجهول ، المعنى فيه أن في العتق قوة وسراية/السبكي ٥٣٦/١١ .

وقال القاضي أبو الطيب: البيع صحيح[١].

(إذا)[٢] باع (عيناً)[٣] بشرط البراءة من عيبها[٤]، ففيه طريقان:

---

(١) الطريقة الثانية : ما قاله القاضي أبو الطيب ، أنه كبيع الجاني ، يعني عمداً ، فيصح على الأصح

والطريقة الثالثة: وقد أغفلها القفال : قال الرافعي : إنها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ، ولا شك أنها أظهر مما قاله القاضي أبو الطيب ، لأنه جناية العمد قد تصير إلى المال بخلاف هذا ، لكن يرد على إلحاقه بالمرتد ما قدمته ، من أن المرتد مرجو البقاء بالإسلام ، بخلاف المحارب الذي تحتم قتله أنه لا شك أنه أولى بالمنع منه ، ويبقى النظر في منفعة العتق في هذه الحالة ، هل هي مقصودة مما يتوصل إليها بالأغراض ؟ فتكون كبيع المرتد المشهود بصحته ، ويأتي فيه ما حكاه الشيخ أبو علي وإن مثل هذه المنفعة لا تعتبر ، فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر ، والأقرب الأول ، لأن العتق كيفما كان فيه أجر ، والأجر مقصود متوصل إليه بالأموال ، فعلى طريقة أبي الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمداً في غير المحاربة .

وعلى الطريقة التي قال الرافعي : إنها أظهر عند كثير من الأئمة ، يكون كالمرتد وعلى طريقة الشيخ أبي حامد : البيع باطل .

(٢) (إذا): في ب، حـ وفي أ وإن، والأول هو الصحيح/أنظر المهذب للشيرازي ٥٣٧/١١.

(٣) (عيناً) : في ب ، حـ وفي أ عبداً والأول هو الصحيح/أنظر المهذب للشيرازي ٥٣٧/١١ .

(٤) هذا باب بيع البراءة وقد وردت آثار:

روى مالك في الموطأ عن يحي بن سعيد عن سالم ولفظه: (أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي، قال عبد الله بن عمر، بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له، لقد باعه العبد وما به داء=

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الأصطخري، أن المسألة على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه (يبرأ)[1] من كل عيب، وهو قول أبي حنيفة[2].

= يعلمه، فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم) رواه البيهقي في سننه ٥/٣٢٨.

وفي رواية تعليق أبي حامد وغيره من الفقهاء: أن المشتري من ابن عمر زيد بن ثابت، وأنهما اللذان اختصما إلى عثمان، وقيل: أن ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه وقال ابن عمر: تركت اليمين لله تعالى فعوضني الله، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر: أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزه، وإسناده ضعيف.

قال البيهقي: إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما، وقال يحى بن معين: حديث شريك عن عاصم بن عبد الله عن زيد بن ثابت: البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت، تفرد شريك، وكان في كتابه عن أشعث بن سوار، وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال: أجاب شريك على غير ما كان في كتابه، ولم نجد لهذا، الحديث أصلاً.

قال البيهقي: إن أصح ما رواه في الباب حديث سالم، وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان وعن شريح القاضي: إنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه إياه يقول: برئت من كذا وكذا، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء

وعن عطاء بن أبي رباح، وطاوس، والحسن مثله، وعن أبي عثمان الهندي قال: ما رأيتهم يجيزون من الداء إلا ما يثبت ووضعت يدك عليه، وأبو عثمان الهندي كبير، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحبة بشيء يسير، والإسناد إليه في هذا جيد.

وعن ابن سيرين: أنه لا براء إلا من عيب يسميه ويريه/السبكي ١١/٥٣٨.

(١) (يبرأ): في ب وفي أ، حـ برىء.

(٢) البيع بشرط البرأة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره، ويبرأ البائع به من =

كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضاً خلافاً لمحمد في الحادث ، وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة/فتح القدير والبابرتي ٣٩٦/٦ ـ ٣٩٧ .

مذاهب العلماء في بيع البراءة :

الأول : أن يبرأ من كل عيب علمه البائع ، أو لم يعلمه ، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور كما روى عن ابن عمر ، وزيد .

الثاني : أنه لا يبرأ من شيء من العيوب ،واختلفت عبارة هؤلاء ، فمنهم من يقول : حتى يسميه ، وهو مذهب ابن أبي ليلى ، وسفيان الثوري ، والحسن بن حي ، وداود ، ونقله ابن المنذر عن ابن أبي ليلى ، والثوري هكذا مقيداً ، ونقله غيره عن الحسن بن حي وداود مطلقاً وظاهر النقل عن هؤلاء أنه إذا سمى كفى سواء أكان العيب مما يعاين أم لا ، وهو موافق لما يقوله القاضي حسين .

والثالث : أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء ، وهو مذهب أحمد في رواية عنه ، وإسحاق ويشبه أن يكون ذلك الإطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتي ، لكن قولهم : أنه يضع يده إن كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته ، وإن كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه ، فهو قول آخر وهو بعيد .

(الرابع ، والخامس ، والسادس) : أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان ، وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ هنا .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا ، فمن باع عبداً أو وليدة، أو حيواناً بالبراءة ، فقد برىء من كل عيب فيما باع إلا أن يكون علم في ذلك عيباً ، فإن كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه تبرئته ، وكان ما باع مردوداً عليه ، وهذا القول : يخرج منه عند أصحابنا في تحريره ثلاثة أقوال كما سيأتي إن شاء الله .

السابع : قول ثان لمالك ـ وقال ابن عبد البر : إن مالكاً رجع إليه ـ أنه لا يبرأ بذلك إلا في الرقيق خاصة فيبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علم فكتم ، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش لأن الفحاش تشترى لتربح ـ وأما في سائر الحيوان فلا يبرأ به عيب أصلاً .

والثاني : (أنه)[1] لا يبرأ من شيء من العيوب وهو رواية عن أحمد[2] .

= والثامن : قول ثالث لمالك ، وقيل : إنه الذي رجع إليه ، أنه لا ينتفع بالبراءة إلا في ثلاثة أشياء فقط ، الأول : بيع السلطان للمغنم أو على مفلس ، قال بعضهم : أو في ديون الميت (والثاني)العيب الخفيف في الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) فيما يصيب الرقيق في عهدة الثلاث خاصة .

والتاسع : أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع على القول الثاني ولا أعرفه صريحاً عن أحد من السلف إلا عن مذهبنا ، وبعض الظاهرية ، وإن صح أن أحداً يقول لا بد من وضع اليد كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره ، كانت المذاهب عشرة/السبكي ٥٣٩/١١ .

(١) (أنه) : في أ ، ب وفي حـ ساقطة .

(٢) اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب ، فروي عنه : أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشترى بالعيب .

والرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت ، وهو قول مالك ، وقول الشافعي في الحيوان خاصة ، لما روي أن عبد الله بن عمر (باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانماية درهم ، فأصاب به زيد عيباً ، فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله ، فترافعا إلى عثمان ، فقال عثمان لابن عمر : تحلف أنك لم تعلم بهذا البيع ؟ فقال : لا ، فرده عليه ، فباعه ابن عمر بألف درهم)، وهذه قضية اشتهرت ، فلم تنكر فكانت إجماعاً/السنن الكبرى للبيهقي ٢٢٨/٥ وروى عن أحمد : أنه أجاز البراءة من المجهول ، فيتخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب ، وروي هذا عن ابن عمر ، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ، لما روت أم سلمة (أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : استهما وتوخيا ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه) سنن أبي داود ٢٧١/٢ فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة، ولأنه أسقط حق لا تسليم فيه، فصح من المجهول كالعتاق والطلاق. =

والثالث : أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد، وهو العيب الباطن في الحيوان إذا لم يعلم به البائع[1] .

والطريق الثاني : أن المسألة على قول واحد، إنه يبرأ، وهو القول الثالث، وما أشار إليه الشافعي رحمه الله من القولين الآخرين (فإنما)[2] حكاهما عن غيره .

فإن قلنا: إن الشرط باطل، فهل يبطل به البيع؟ فيه وجهان[3]:

أظهرهما : أنه يبطل[4] .

= ولا فرق بين الحيوان وغيره ، فما ثبت في أحدهما ، ثبت في الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة/ المغني لابن قدامة المقدسي ٤/١٩٧ ـ ١٩٨ .

(١) لما روى سالم أن أباه باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل آفة ، فوجد الرجل به عيباً فخاصمه إلى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر ، إحلف لقد بعته وما به داء تعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسماية) فدل أن يبرأ مما لم يعلم ، ولا يبرأ مما علمه .

قال الشافعي رحمه الله : ولأن الحيوان يفارق ما سواه ، لأنه يفتدى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة إلى التبرىء من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل إلى معرفته ، وتوقيف المشتري عليه ، وهذا لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان ، فلم يجز التبرىء منه مع الجهالة/المهذب للشيرازي ١١/٥٣٧ ، وروضة الطالبين ٣/٤٧١ .

(٢) (فـإنمـا): في ب ، حـ وفي أ وإنما .

(٣) الوجه الثاني : لا يبطل البيع ، ويرد المبيع لحديث عثمان رضي الله عنه فإنه أمضى البيع .

(٤) إنه يبطل البيع ، لأن هذا الشرط يقتضي جزءاً من الثمن تركه البائع لأجل =

فإن قلنا : إن شرط البراءة صحيح، فحدث عيب قبل القبض، لم (يبرأ)[1] منه .

وقال أبو يوسف : يبرأ منه[2].

= الشرط ، فإذا سقط ، وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط ، وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم ، صار الجميع مجهولاً ، فيصير الثمن مجهولاً ، ففسد العقد ، والله أعلم / المهذب للشيرازي ١١ : ٥٣٧

(١) (يبرأ): في ب وفي أ ،حـ يبر .

(٢) لأن الملاحظ هو المعنى والفرض ، ومعلوم أن الفرض من هذا الشرط : إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ، ليلزم على كل حال ، ولا يطالب البائع بحال ، وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشتري الرد ، والحادث بعد العقد كذلك / الهداية ، والبابرتي ، وفتح القدير ٦ : ٣٩٩ .

(بـاب بيع المرابحة)[1]

من اشترى سلعة، جاز له بيعها برأس مالها، وأقل منه وأكثر من البائع أو غيره قبل نقد الثمن، وبعده[2] .

---

(١) المرابحة : مفاعلة من الربح ، وهو الزيادة على رأس المال ، وفيه أيضاً المحاطة من الحط وهو النقص ولم يترجم لها .

قال ابن شهبة : إما لادخالها في المرابحة كما فعل الإمام لأنها في الحقيقة ربح المشتري ، وإما لأنه ترجم للإشرف من القسمين ، واكتفى به عن الآخر كقوله تعالى : ﴿سرابيل تقيكم الحر﴾ أي البرد وأهمل المساومة / مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٧٦/٣ .

(٢) لحديث الرسول ﷺ : عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه : (أن رسول الله ﷺ قال «الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد) أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه ، ورواه أبو داود بنحوه وفي آخره : وأمرنا أن نبيع البر بالشعير ، والشعير بالبر يداً بيد كيف شئنا» سنن أبي داود ٢٢٣/٢ .

وقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد، لا يجوز بيعها من بائعها بأقل من الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في (البيع)[1] الأول[2] .

---

(١) (البيع) : في ب ، حـ وفي أ المبيع والصحيح الأول أنظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١/١٧٦ .

(٢) وبيع المرابحة : إما أن يكون قبل نقد الثمن أو بعد نقد البائع الثمن ، فإن كان قبل النقد ، فقد اختلف الفقهاء فيها .

فعند الشافعية : من اشترى سلعة ، جاز له بيعها برأس مالها أو أقل منه ، أو أكثر من البائع وغيره قبل نقد الثمن وبعده .

أما مالك وأبو حنيفة وأحمد : فلا يجوز بيعها من بائعها بأقل من الثمن الذي ابتاعها ، قبل نقد الثمن في البيع الأول .

وكره ابن عباس وابن عمر ، بيع المرابحة ، ومنع البيع إسحاق بن راهويه / رحمة الأمة في إختلاف الأئمة ١ : ١٧٦ .

شرائط بيع المرابحة عند الحنفية :

ظ ـ أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح ، والعلم بالثمن الأول شرط صحة البياعات ، فإذا لم يكن الثمن الأول معلوماً ، فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس ، فيختار المشتري إن شاء ، وعندئذٍ يجوز البيع ، وإن إختار الترك ، فالبيع يبطل ، والفساد إنما يكون لجهالة الثمن ، وأما ثبوت الخيار ، فلخلل الرضا ، لأن الإنسان قد يرضى بشراء شيء بثمن يسير ، ولا يرضي بشرائه بثمن كثير ، فلا يتكامل الرضا إلا بعد معرفة مقدار الثمن، وعدم المعرفة يبطل رضاه، وبهذا الاختلال يوجب الخيار، وإذا حصلت المعرفة بعد التفرق عن المجلس، بطل العقد لتقرر الفساد.

٢ ـ أن يكون الربح معلوماً ، لأنه بعض الثمن ، والعلم بالثمن شرط صحة البياعات / بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٠ ، والحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٢ .

٣ ـ أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال ، لأنه إذا لم يكن له مثل ، لو ملكه بالقيمة وهي مجهولة ، والمراد بالمثلي : الكيلي والوزني ، والمعدود المتقارب . ويذكر ابن نجيم أن عبارة المجمع أولى وهي : (ولا يصح .

وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبعها منه (بسلعة)[1] قيمتها أقل من قدر الثمن .

فإن كان قد اشتراها بدراهم، فباعها منه بدنانير أقل قيمة من الدراهم، لم يجز استحساناً.

ولو كان (قد)[2] اشتراها إلى أجل ، ثم باعها منه إلى أكثر من ذلك الأجل، لم يجز ولو باعها من وكيله بأقل من الثمن ، جاز .

= ذلك حتى يكون العوض مثلياً ، أو مملوكاً للمشتري ، والربح مثلي معلوماً)/ البحر الرائق ٦ : ١١٨ ، والبدائع ٥ : ٢٢١ ، والمنتقى للباجي ٥ : ٥٠ ، فالمثلي : تصح المرابحة فيه ، سواء كان الربح من جنس رأس المال في المرابحة ، أو من خلاف جنسه ، بعد أن كان الثمن الأول معلوماً ، والربح معلوماً ، أما إذا كان رأس المال مما لا مثل له من العروض ، لا يجوز بيعه مرابحة ، لأنه إما أن يقع البيع على غير ذلك العرض ، وإما أن يقع على قيمته ، وعينه ليس في ملكه وقيمته مجهوله ، تعرف بالحرز والظن لاختلاف أهل التقويم فيها .

٤ ـ أن لا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا ، لأن المرابحة تكون بالثمن الأول ، وزيادة جزء معين ، والزيادة في أموال الربا تكون ربا لا ربحاً .

أما إذا كان الربح من خلاف الجنس ، فلا بأس بالمرابحة ،كمن اشترى ديناراً بعشرة دراهم ، فباعه بربح درهم ، أو ثوب بعينه ، جاز ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول .

٥ ـ أن يكون العقد الأول صحيحاً ، فإن كان فاسداً ، لم يجز بيع المرابحة ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ، والبيع الفاسد وإن كان يفيد الملك بعد القبض ، لكن إنما يكون بقيمة المبيع ، أو بمثله ، لا بالثمن لفساد التسمية / بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٢ .

(١) (بسلعة) : في ب ،حـ وفي أ سلعة .

(٢) (قد) : في أ ،حـ وساقطة من ب .

ولو باعها من (أبيه أو ابنه)[1] بأقل من الثمن (لم يجز)[2] .

ويجوز أن يبيع ما اشتراه مرابحة ، وهو أن يبين رأس المال ، وقدر الربح ويقول: بعتكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة[3] .

وحكي عن عبد الله بن (عباس رضي الله عنه)[4] وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أنهما كرها ذلك .

وقال (إسحاق)[5] بن راهوية: لا يجوز[6] .

ويجوز أن يبيع البعض مرابحة، والبعض مساومة، فإن كان مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة (قسط)[7] الثمن على القيمة (وأخبر بما يخصه)[8] .

---

(١) (أبيه ، أو ابنه) : في أ ، ب وفي حـ من ابنه أو أبيه .

(٢) (لم يجز) : في أ ،حـ وفي ب يجزه .

(٣) لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه : أنه كان لا يرى باسا (بده يازده ، وده دوازده) ، ولأنه ثمن معلوم ، فجاز البيع به ، كما لو قال : بعتك بمائة وعشرة / المهذب للشيرازي ١٢/١٣ ، وروضة الطالبين للنووي ٥٢٦/٣ ، ومغنى المحتاج ٧٧/٣ .

وعن عكرمه : أنه حرام ، وده بالفارسية : عشرة ، ويازده: أحد عشر ، أي كل عشرة ربحها درهم ، وده دوازده : كل عشرة ربحها درهمان .

(٤) (عباس رضي الله عنه) : في حـ وفي أ ، ب عباس فقط .

(٥) (إسحاق) : في أ ، ب وفي حـ أبو إسحاق وهذا خطأ .

(٦) فقد حمل إسحاق : على ما إذا لم يبين الثمن .

(٧) (قسط) : في ب ،حـ وفي أ فتوسط وهذا تصحيف .

(٨) (وأخبر بما يخصه) : في حـ وفي أ وأخيراً بحصته، وفي ب وأخبر بحصته ، =

وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيع البعض مرابحة فيما ينقسم الثمن على أجزائه دون (مما ينقسم)[1] على قيمته[2] .

= وهذه المسألة ننظر: إن كان مملاً لا يختلف أجزاؤه كالطعام، والعبد الواحد، قسم الثمن على أجزائه ، وباع ما يريد بيعه منه بحصته .

وإن كان مما يختلف كالثوبين ، والعبدين ، قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتها، ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما ولهذا لوا اشترى سيفاً ، وشقصاً بألف ، قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته / المهذب للشيرازي ١٣/١٢ .

(١) (مما ينقسم) : في أ ،حـ وفي ب ما ينقسم .

(٢) عند الحنفية : إذا باع شيئاً مرابحة على الثمن الأول ، فلا يخلو : إما أن يكون من ذوات الأمثال كالدراهم ، والدنانيير ، والمكيل ، والموزون ، والعددي المتقارب ، أو يكون مثل العدديات المتقاربة مثل العبيد ، والثياب والدور ونحوها .

أما إذا كان الثمن الأول مثلياً فباعه مرابحة على الثمن الأول بزيادة ربح ، يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الأول ، أو لم يكن ، يعني أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً ، نحو الدارهم والثوب مشاراً إليه ، أو ديناراً ، لأن الثمن الأول معلوم ، والربح معلوم .

فأما إذا كان الثمن الأول لا مثل له ، فأراد أن يبيعه مرابحة عليه ، فهذا على وجهين :

- إما أن يبيعه ممن كان العوض في يده ، وملكه ، أو من غيره .

فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده لا يجوز ، لأنه لا يخلو : إما أن يبيعه مرابحة بذلك العوض أو بقيمته ، ولا وجه للأول ، لأن العوض ليس في ملك من يبيعه منه ، ولا وجه أن يبيعه مرابحة بقيمته لأن القيمة تعرف بالحرز والظن ، فتتمكن فيه شبهه الخيانة .

=

وإذا أسلم في ثوبين بصفة واحدة (وقبضهما)[1] (وأراد)[2] بيع أحدهما مرابحة، فإنه يخبر، بحصته من رأس المال، وهو الرضف، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة : لا يبيعه مرابحة .

(ولا يخبر)[3] إلا بالثمن الذي لزم به البيع، (فإن)[4] اشترى

= وأما إذا اراد أن يبيعه مرابحة ممن كان العوض في يده ، فهذا على وجهين:

- إن قال أبيعك مرابحة بالثمن الذي في يدك ، وبربح عشرة دراهم ، جاز، لأنه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم ، وهي معلومة .
- وإن قال أبيعك : ده يازده ، فإنه لا يجوز ، لأن تسمية ده يازده أو أحد عشر يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال ، لأنه لا يكون أحد عشر إلا وأن يكون الحادي عشر من جنس العشرة ، فصار كأنه باع بالثمن الأول ، وهو الثوب ، ويجزء من جنس الأول ، والثوب لا مثل له من جنسه .

ثم في بيع المرابحة ، يعتبر رأس المال وهو الثمن الأول الذي ملك المبيع به، ووجب بالعقد دون ما نقده بدلاً عن الأول ، بيانه : إذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ، ثم أعطى عنها ديناراً ، أو ثوباً قيمته عشرة دراهم ، أو أقل ، أو أكثر ، فإن رأس المال هو على العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب ، لأن هذا يجب بعقد آخر وهو الإستبدال / تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه ٤/٧٤ .

(١) (وقبضهما) : في حـ وفي أ ، ب وقبضها .

(٢) (وأراد) : في ب ،حـ وفي أ أو أراد .

(٣) (ولا يخبر) : في حـ ، وفي أ ولا يخبر وفي ب يخير .

(٤) (فإن) : في ب ،حـ وفي أ فإنه .

بثمن، وحط منه شيئاً أو الحق (به)[1] زيادة في مدة الخيار، لحق به، وكان الثمن (ما تقرر)[2] بعد الزيادة والحط[3] .

وقال أبو علي الطبري (إن قلنا)[4]: إن المبيع ينتقل الملك فيه بنفس العقد، لم يلحق به[5] والمذهب: الأول[6] .

وإن كانت الزيادة، والحطيطه بعد لزوم العقد (لم)[7] يلحق بالعقد .

وقال أبو حنيفة : يلحق الزيادة ، والنقصان بكل حال، إلا أن يحط[8] كل الثمن، فلا يلحق بالعقد، ويكون ابراء .

فإن اشترى سلعة بمائة، وأخبر في بيع المرابحة، أنه اشتراها بتسعين، وباعها مرابحة فهل يكون كاذباً ؟

---

(١) (به) : في ب ،حـ وفي أ منه .

(٢) (ما تقرر) : في ب ،حـ وفي أ ما يقرر .

(٣) فإن كان بعد لزوم العقد ، لم يلحق ذلك بالعقد ، ولم يحط في بيع المرابحة ماحط عنه ، ولا يخبر بالزيادة فيما زاد ، لأن البيع استقر بالثمن الأول ، فالحط والزيادة ، تبرع لا يقابله عوض ، فلم يتغير به الثمن ، وإن كان ذلك في مدة الخيار، لحق بالعقد، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة/ المهذب للشيرازي ١٩/١٢.

(٤) (إن قلنا) : في ب ،حـ وساقطة من أ / أنظر المهذب للشيرازي ١٩/١٢ .

(٥) لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول، فلم يتغير بما بعده/المهذب للشيرازي ١٩/١٢.

(٦) لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر ، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به / المهذب للشيرازي ١٩/١٢ .

(٧) (لم) : في ب وفي أ ،حـ ولم والأول هو الصحيح .

(٨) (يحط) : في ب ،حـ وفي أ تحط .

حكى في الحاوي: فيه وجهين :

أحدهما : (أنه ليس)[1] بكاذب، فلا يثبت للمشتري الخيار .

والثاني : أنه كاذب (فيثبت)[2] للمشتري الخيار .

فإن اشترى ثوباً بعشرة (دراهم)[3] وقصره بدرهم، ورفاه بدرهم (وطرزه بدرهم فأراد بيعه مرابحة قال : هو علي بثلاثة عشرة أو قام علي بثلاثة عشر)[4]، فهل يجوز أن يقول: رأس ماله ثلاثة عشر؟ فيه وجهان :[5]

أظهرهما : أنه يجوز، وهو اختيار القاضي (أبي)[6] الطيب رحمه الله .

(فإن جنى)[7] على العبد الذي اشتراه، فأخذ الأرش، فهل يحطه من الثمن في بيع المرابحة؟ فيه وجهان[8] :

---

(١) (أنه ليس) : في أ ، ب وفي حـ أنه اشتراها ليس .

(٢) (فيثبت) : في أ ، ب وفي حـ ويثبت .

(٣) (دراهم) : في أ ،حـ وساقطة من ب .

(٤) (وطرزه بدرهم . . . . بثلاثة عشرة) : ساقطة من أ وموجوده في ب ، حـ .

(٥) والثاني : لا يجوز أن يقول : لأن رأس المال هو الثمن ، والثمن عشرة / المهذب للشيرازي ١٢ / ٢٠ .

(٦) (أبي) : في ب ، حـ وفي أ أبو .

لأن رأس المال ما وزن فيه ، وقد وزن فيه ثلاثة عشر ، وإن عمل فيه ذلك بيده قال : اشتريته بعشرة ، وعملت فيه ما يساوي ثلاثة ، ولا يقول هو عليّ بثلاثة عشر ، لأن عمله لنفسه لا أجرة له ، ولا يتقوم عليه / المهذب للشيرازي ١٢ / ٢٠ .

(٧) (فإن جنى) : في ب ، حـ وفي أ فإن فقط وجنى ساقطة منه .

(٨) أحدهما : إنه لا يحط من الثمن قدر الأرش ، لأنه كما لا يضيف ما فدى به =

أظهرهما : أنه يحطه منه[1] .

فإن اشترى بثمن (مؤجل)[2] ، لم يخبر بثمن مطلق، بل يبين، وبه قال أبو حنيفة وأحمد[3].

وقال الأوزاعي : يلزم العقد إذا أطلق (ويثبت)[4] الثمن في ذمته مؤجلاً .

وعندنا: متى أطلق، يثبت للمشتري الخيار إذا لم يعلم (بالتأكيل)[5].

وحكي في الحاوي : عن (سفيان)[6] : أن السلعة إن كانت باقية، فللمشتري الخيار، وإن كانت تالفة، لزم الثمن حالاً.

= الجناية إلى الثمن ، لا يحط ما أخذ عن أرش الجناية عن الثمن / المهذب للشيرازي ١٢/٢٠

(١) لأنه عوض عن جزء تناوله البيع ، فحط من الثمن كأرش العيب ، وإن حدثت من العين فوائد في ملكه ، كالولد ، واللبن ، والثمرة ، لم يحط ذلك من الثمن ، لأن العقد لم يتناوله ، وإن أخذ ثمرة ، كانت موجوده عند العقد ، أو لبناً كان موجوداً حال العقد ، حط من الثمن ، لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن ، فأسقط ما قابله ، وإن أخذ ولداً كان موجوداً حال العقد ، فإن قلنا : إن الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة ، وإن قلنا : لا حكم له ، لم يحط من الثمن شيئاً / المهذب للشيرازي ١٢/٢٠ .

(٢) (مؤجل) : في أ ، ب وفي حـ معجل .

(٣) لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن .

(٤) (ويثبت) : في حـ وفي أ ، ب وثبت .

(٥) (بالتأجيل) : في أ ، حـ وفي ب التأجيل ،/ لأنه دلس عليه يأخذ جزءاً من الثمن فثبت له الخيار ، كما لو باعه شيئاً وبه عيب ولم يعلمه بالبيع .

(٦) (سفيان) : في أ ،حـ وفي ب شقين .

فإن اشترى ثوباً بعشرة، ثم باعه بخمسة، ثم اشتراه بعشرة (أخبر في)[1] بيعه مرابحة بعشرة، ولا يَضُمُّ ما خَسِرَ إليه .

وإن باعه خمسة عشر، ثم عاد واشتراه بعشرة، أخبر في بيعه مرابحة بعشرة، ولا يحط ما ربح من الثمن، وبه قال أبو يوسف، ومحمد :[2]

وقال أبو حنيفة : يخبر بخمسة، ويحط ما ربحه، وبه قال أحمد، فيضم أحد العقدين إلى الآخر[3] .

---

(١) (أخبر في) : في ب ، حـ وفي أ أخبرني وهذا تصحيف .

(٢) لأن الثمن ما ابتاع به في العقد الذي هو مالك به ، وذلك عشرة ، وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام ، كره ما فعله ، لأنه لو صرح بذلك في العقد ، فسد العقد ، فإذا قصده كره ، فإن أخبر بالعشرين في بيع المرابحة ، جاز ، لأن بيعه من الغلام كبيعه من الأجنبي في الصحة ، فجاز أن يخبر بما اشترى به منه ، فإن علم بذلك المشتري لم يثبت الخيار ، لأن شراءه بعشرين صحيح / المهذب للشيرازي ٢١/١٢ .

(٣) يعني إذا باعه بربح ثانياً بعد ما اشتراه ثانياً ، طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك إذا باعه مرابحة ، وإن استغرق الربح الثمن ، لا يبيعه مرابحة ، وهذا عند أبي حنيفة ، وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الأخير .

مثاله : إذا اشترى ثوباً بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ، ثم اشتراه بعشرين ، فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول : قام علي بعشرة ، ولو اشتراه بعشرين ، وباعه بأربعين مرابحة ، ثم اشتراه بعشرين ، لا يبيعه مرابحة أصلاً ، وعندهما : يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لأن الأخير عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول ، فيجوز بناء المرابحة عليه ، كما إذا تخلل ثالث ، بأن باعه المشتري من أجنبي ، ثم باعه الأجنبي من البائع ، ثم اشتراه الأول منه ، فإنه يبيعه مرابحة على الثمن الأخير ، ولأبي حنيفة : أن شبهه حصول الربح الأول بالعقد الثاني ثابته ، لأنه يتأكد به ، بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على =

وإن اشترى شيئاً من أبيه، أو ابنه، جاز أن يبيعه مرابحة مطلقاً ، وبه قال أبو يوسف ومحمد :

وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يجـوز حتى يبين (من)[1] اشترى منه[2] .

فإن كان رأس ماله ماية فقال: بعتك برأس ماله، وربح ده يازده، (فإن الربح يكون عشرة، فإن قال (بعتك) برأس ماله ووضيعة ده ياردة فإن)[3]

= عيب ، والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحةإحتياطاً ، ولهذا : لا تجوز المرابحة فيما أخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه / تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/٧٦٠ .

(١) (من) : في ب ،حـ وفي أ ممن .

(٢) لما له من التوسع فيما لهم ألحق بملكه ، فيصير كأنه اشترى عشرة وثوباً بعشرين في الفصل الأول فيطرح عشرة ، لأنه بالعقد الثاني تأكدوا من بطلانه ، وللتأكد حكم الأصول الاترى في أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكدهم ما كان على شرف السقوط ، بخلاف ماذا تخلل ثالث ، لأن التأكد حصل بغيره ، ويصير في الفصل الثاني كأنـه اشترى ثـوباً وعشـرين بعشرين درهماً ، فصار العشرون بالعشرين ، ولم يبق في مقابلة الثوب شيء ، فلا يبيعه مرابحة ، ولا يقال على هذا ، وجب أن يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن ، لأنا نقول الربح الأول ، لم يصر مقابلاً بالثمن في العقد الثاني حقيقة ، وإنما أعطى له حكم المقابلة إحترازاً عن الخيانة ، فيما بني على الأمانة ، وهو حق العبد ، ولا ينهض ذلك لافساد العقد لأن المنع في باب المرابحة لحق العبد ، لا لحق الشرع ، ولا يلزم ما إذا باع مساومة ، والمسألة بحالها ، حيث يجوز بالإجماع ، لأنها ليست بمنبية على الأمانة ،/ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/٧٦ .

(٣) (فإن الربح يكون . . . . . . فإن) ساقطة من أ وموجودة في ب ،حـ .

الوضعية تكون تسعة دراهم، وجزءاً من أحد عشر (جزءاً)[1] من درهم، وبه قال أبو حنيفة .

وحكي عن أبي ثور أنه قال: تكون الوضعية عشرة، وحكاه أصحابنا عن محمد بن الحسن، ولم يحكه أصحابه عنه، وليس له وجه.

فإن قال : بعتك برأس ماله، ووضيعة درهم (من)[2] كل عشرة، كان الحظ عشرة والثمن تسعين، وهو اختيار (القاضي أبو الطيب)[3] .

وحكى الشيخ أبو حامد رحمه الله في التعليق : (أنه كالمسألة التي قبلها)[4]، وليس بشيء[5] .

فإن قال : رأس ماله مماية وقد بعتك برأس ماله، وربح درهم في كل عشرة، ثم قال : أخطأت بل رأس ماله تسعون، أو قامت البينه بذلك، فالبيع صحيح.

وحكى القاضي أبو حامد وجهاً آخر : أن البيع باطل ، وليس بصحيح، وحكاه أصحابنا عن مالك[6] .

---

(١) (جزءاً): في أ ، حـ وفي ب جزواً .

(٢) (من) : في حـ وفي أ ، ب في .

(٣) (القاضي أبي الطيب) : في حـ وفي أ ، ب أبو الطيب .

(٤) (أنه كالمسألة التي قبلها) : في ب ، حـ وفي أ أنه كان المسألة التي قبله .

(٥) أي أن الثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءا من درهم .

(٦) لأنه بان أن الثمن كان تسعين ، وأن ربحها تسعة ، وهذا كان مجهولاً حال العقد ، فكان العقد باطلاً .

والمذهب : رأي أبي الطيب ، لأن البيع عقد على ثمن معلوم ، وإنما=

(وأما)[1]، الثمن الذي يأخذ (به)[2] فيه قولان :

أصحهما : أن الثمن تسعة وتسعون، وبه قال أبو يوسف، وابن أبي ليلى، وأحمد .

والثاني : أن الثمن مابة وعشرة، وهو قول أبي حنيفة ومحمد .

(فإن)[3] قلنا (إن)[4] الثمن تسعة وتسعون، فهل يثبت للمشتري الخيار فيه ؟

من أصحابنا من قال : فيه قولان :[5]

أصحهما : أنه لا خيار له[6]

ومنهم من قال : إن ثبتت الخيانة بقول البائع، فلا خيار للمشتري[7] ، وإن ثبتت بالبينة، ففيه قولان[8] :

= سقط بعضه بالتدليس وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع ، كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب / المهذب للشيرازي١٢ /٢٨ .

(١) (وأما) : في حـ وفي ب وما وفي أ فأما .

(٢) (به) : في ب ،حـ وفي أ بم .

(٣) (فإن) : في ب ،حـ وفي أ وان .

(٤) (إن) : في حـ وساقطة من أ ، ب .

(٥) القول الأول : أن له الخيار ، لأنه إن كان قد أخطأ في الخبر الأول ، لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني ، وأن الثمن غيره ، وإن كان قد خان في الأول ، فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني فثبت له الخيار / المهذب للشيرازي .

(٦) لأن الخيار إنما يثبت لنقص وضرر ، وهذا زيادة ونفع ، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع إلى تسعة وتسعين ، فلا وجه للخيار .

(٧) ولزم المشتري تسعة وتسعون .

(٨) لأنه إذا ثبتت بالإقرار ، دل أمانته ، فلم يتهم في خيانة أخرى ، وإذا ثبتت

قال أصحابنا : القولان فيه إذا كانت السلعة باقية، (فأما)[1] إذا كانت تالفة ، فإنه يلزمه البيع بتسعة وتسعين قولاً واحداً[2] .

فإن قلنا : لا خيار له، أو له الخيار، فاختار البيع، فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه وجهان :

أحدهما : يثبت[3] .

والثاني : لا خيار له[4] .

قال الشيخ أبو نصر : لما حكى هذا عن أصحابنا (قال)[5] هذا عندي : إذا قلنا (يأخذه)[6]، بتسعة وتسعين، فأما إذا قلنا (يأخذه)[7]

= بالبينة كان متهماً في خيانة أخرى ، فثبت له الخيار / المهذب للشيرازي ٢٨/١٢ .

(١) (فأما)؛ في حـ وفي أ ، ب وأما .

(٢) لأنا لو جوزناه له فسخ البيع مع تلف العين ، رخصنا الضرر عنه ، وألحقنا بالبائع ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو هلك المبيع عنده ، ثم علم به عيباً ، لم يملك الفسخ/ المهذب للشيرازي ٢٩/١٢ .

(٣) يثبت له الخيار ، لأنه لم يرض إلا بالثمن المسمى ، وهو مائة وعشرة ، ولم يسلم له ذلك .

(٤) لأنه رضي برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك .

(٥) (قال) : في أ ، حـ وساقطة من ب .

(٦) (يأخذه) : في ب ، حـ وفي أ نأخذه وهذا تصحيف .

(٧) (يأخذه) : في ب ، حـ وفي أ نأخذه ، وهذا تصحيف .

بمائة وعشرة، ينبغي أن لا يسقط حق المشتري من الخيار، ويرجع بقدر (الخيانة)[1] كما يرجع بأرش العيب.

وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف: يسقط حقه من الخيار .

وحكى عن محمد أنه قال : يرد القيمة ثم يرجع في الثمن .

فإن قال البائع: كان رأس المالماية وعشرة، وقد أخطأت في اخباري بمائة لم يقبل قوله في ذلك (ولا تسمع)[2] بينته عليه[3] .

---

(١) (الخيانة) : في ب ، حـ وفي أ الجناية وهذا تصحيف .

(٢) (ولا تسمع) : في ب وفي أ ، حـ ولا يسمع وهذا ظاهر التصحيف .

(٣) لأنه رجوع عن اقرار متعلق به حق آدمي ، فلم يقبل ، كما لو أقر له بدين ، وإن قال : لي بينه على ذلك ، لم تسمع ، لأنه كذب بالاقرار السابق ببينته ، فلم تقبل / المهذب للشيرازي ٣١/١٢ .

ويذكر الماوردي : وعند الشافعية : لابد من الإخبار بالثمن مع نفس العقد ، وعندئذٍ فلا يخلو حال البائع من ثلاثة أحوال :

١ ـ أما أن يكون أراد الإخبار بالثمن وحده ، وكان قدره مائة درهم ، له الإخبار عنه باحدى ثلاث عبارات إما أن يقول اشتريته بمائة درهم ، أو يقول رأس مالي فيه مائة ، أو يقول قام عليّ بمائة ، فبأي عبارة من هذه العبارات الثلاث ، عبر عنه جاز .

٢ ـ أو أراد الإخبار بثمنه وبمؤونته ، لزمت عليه من صبغ أو قصارة أو علوفة ماشية ، أو أجرة حمولة كان اشتراه بمائة درهم ، ولزمته مؤونة الصبغ ، أو القصارة عشرة دراهم ، فله أن يخبر عن المبلغ باحدى العبارات الثلاث ، وهو أن يقول قائم عليّ بمائة وعشرة دراهم، ولا يجوز أن تقول اشتريته بمائة وعشرة، ولا أن تقول رأس مالي فيه مائة وعشرة، لأن رأس المال في المبيعات عرفا هو الثمن الذي عقد به البيع.

=

(فإن طلب يمين)[1] المشتري على ذلك، وادعى علمه به، فهل يُحَلَّف؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه إن كان قد قال: (ابتعته)[2] بنفسي، لم يحلف، وإن كان قد قال ابتاعه وكيلي، وظننت أنه ابتاعه بمائة، وبان لي أنه ابتاع بمائة وعشرة، حلف[3] .

= ٣ ـ وإن أراد الأخبار بثمنه مع عمل عمله فيه بنفسه ، مثل أن يشتريه بمائة ويقصره بنفسه قصارة قدراً أجرتها عشرة ، لم يجز أن يخبر فيه باحدى هذه العبارات الثلاث ، فلا يجوز أن يقول اشتريته بمائة وعشرة ولا رأس مالي فيه مائة وعشرة ، ولا يقول قام علي بمائة وعشرة ، لأن عمل الإنسان لنفسه لا يقوم عليه، وإنما يقوم عليه عمل غيره، ولذلك فليس له أن يخبر باحدى العبارات الثلاث ، بل يقول : اشتريته بمائة وعملت فيه بنفسي عملاً يساوي عشرة ، وأربح في كل عشرة واحداً ، فيسلم من الكذب ويصل إلى الغرض / الحاوي للماوردي ٣٨٣/٥ ـ ٣٨٤ .

(١) (فإن طلب يمين) : في حـ وفي أ وان طلبه فمن ، وفي أ، ب فإن طلب من .

(٢) ابتعته : في ب ، وفي أ ،حـ ابتعت .

(٣) لأنه الآن لا يكذبه اقراره .

والثاني : أنه يبنى على القولين في يمين المدعي ونكـول المدعى عليه ، فإن قلنا : إنه كالبينة لم يعرض اليمين ، لأنه إذا نكل ، حصلنا على بينة ، والبينة لا تسمع ، وان قلنا : أنه كالإقـرار عرضنا اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على الإقرار ، واقراره مقبول / المهذب ٣١/١٢ .

وعند المالكية : إذا قال بربح العشرة أحد عشر ، فمعناه عند المالكية ، أنه يزيد على ماله ربح عشرة ، فإذا كان الأصل مائة زيد عليها عشرة ، وإن كان مائة وعشرين زيد عليها اثنا عشر .

والحاصل : أنه ينسب ذلك الزائد على الأصل كالعشرة إليه ، وبتلك النسبة يزاد على الثمن ، وليس المراد أن يزيد على العشر أحد عشر ، بحيث يبقى إذا =

ومنهم من قال: أنه (يبنى)[1] على القولين في اليمين المردودة بعد النكول فإن قلنا: إنها كالبينة لم تعرض[2]، وإن قلنا: إنها كالإقرار، عرضت .

= كان الثمن عشرة إحدا وعشرين وإذا كان الثمن عشرين ، يصير اثنين وأربعين / الذسوقي على الشرح الكبير ١٦٢/٣ ـ ١٣ وجواهر الأكليل ٥٦/٢ .

(١) (يبنى) في ب ، حـ وفي أ ينبني .

(٢) (تعرض) : في ب ، حـ وفي أ يعرض .

وجملة ذلك : أنه إذا قال في المرابحة : رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة ، ثم عاد فقال : غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة ، لم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً وذكره ابن المنذر عن أحمد وإسحاق .

وروى أبو طالب عن أحمد : إذا كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله ، وإن لم يكن صدوقاً ، جاز البيع ، قال القاضي وظاهر كلام الخرقي : أن القول قول البائع مع يمينه ، لأنه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه ، والقول قول الأمين مع يمينه كالوكيل والمضارب ، أن الخرقي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في إثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه ، بل لأنه عطفه على المسألة قبلها ، وقد ذكر فيها فعلم أنه زاد في رأس المال ، ولم يتعرض لما يحصل به العلم ، لكن قد علمنا أن العلم إنما يحصل ببينة أو اقرار ، كذلك علم غلطه ههنا يحصل ببينة أو اقرار من المشتري ، وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الغلط ، كالمضارب والوكيل إذا أقرا بربح ، ثم قالا : غلطنا أو نسينا

واليمن أتي ذكرها الخرقي ههنا إنما هي على نفس علمه بغلط نفسه وقت البيع، لا على اثبات غلطه.

وعن أحمد رواية ثالثه : أنه لا يقبل قول البائع ، وإن أقام به بينه حتى يصدقه المشتري ، وهو قول الثوري والشافعي ، لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير ، فلا يقبل رجوعه ولا بينته لاقراره بكذبها .

ولنا : أنها بينه عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ، ولا =

وقال أحمد: القول: قول البائع مع يمينه، حكاه الخرقي عنه .

= يسلم أنه أقر بخلافها ، فإن الإقرار يكون لغير المقر ، وحالة إخباره بثمنها ، لم يكن عليه حق لغيره ، فلم يكن إقرار ، فإن لم تكن بينه ، أو كانت له بينه وقلنا : لا تقبل بينته فادعى أن المشتري يعلم غلطه فأنكر المشتري فالقول قوله ، وإن طلب يمينه .

فقال القاضي : لا يمين عليه ، لأنه مدع ، واليمين على المدعي عليه ، ولأنه قد أقر له فيستغني بالاقرار عن اليمين .

والصحيح : أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك ، لأنه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أو زيادة في ثمنها ، فلزمته اليمين كموضع لو فاق ، وليس هو ههنا مدعياً ، إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول ، ثم قال الخرقي : له أن يحلفه أن وقت ما باعها ، لم يعلم أن شراءها أكثر وهذا صحيح ، فإنه لو باعها بهذا الثمن عالماً ، بأن ثمنها عليه أكثر ، لزمه البيع بما عقد عليه ، لأنه تقاضى شيئاً عالماً بالحال ، فلزمه كمشتري المعيب عالماً بعيبه .

وإذا كان البيع يلزمه بالعلم ، فادعى عليه ، لزمته اليمين ، فإن نكل قضى عليه ، وإن حلف ، خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح ، وبين فسخ العقد ويحتمل أنه إذا باعه بمائة وربح عشرة ، ثم أنه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح لأن البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع ، فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين له أنه زاد في رأس ماله لا ينقص الربح من عشرة ، لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة ، فأما إن قال : وأربح في كل عشرة درهماً أو قال : درهم زيادة ، لزمه حط العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين .

وإنما أثبتنا له الخيار، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة ، فإذا بان أكثر ، كان عليه ضرر في التزامه ، فلم يلزمه كالمعيب ، وإن اختار ، أخذها بمائة وأحد وعشرين ، لم يكن للبائع خيار ، لأنه قد زاد خيراً ، فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضيه المشتري ، وإن اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري ، فلا خيار له أيضاً ، لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد وتراضيا به المغني لابن قدامه ٤٠٨/٤ - ٤٠٩ .

بـــاب
(النجش، والبيع على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي ، وتلقي الركبان ، والتسعير، والاحتكار)[1]

النجش[2] : أن يزيد في (ثمن)[3] السلعة ليغر غيره ،

---

(۱) (باب النجش . . . . . والاحتكار) : غير واضحة في حـ .

(۲) النجش لغة بفتح النون وسكون الجحيم بعدها شين معجمه ، وهو تنفير الصيد واستثارته من كان ليصاد يقال : نجشت الصيد أنجشه ـ من باب قصر .

(۳) (ثمن) : في ب ، حـ وفي أ ، ب الثمن .

وفي الشرع : الزيادة في السلعة ، ويقع ذلك بمواطأة البائع فيشتركان في الاثم ، ويقع ذلك بغير علم المشتري ، فيستفيد الناجش .

وقد يختص به البائع ، كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشتراها به ليغر بذلك غيره ، وقال ابن بطال الركبي في شرح غريب المهذب : الناجش الذي يحوش الصيد ، والنجش : أن تزيد في البيع ليقع غيرك ، وليس من حاجتك ، وفي الحديث ، لاتناجشوا .

قال الشافعي : النجش : أن يحضر السلعة تباع فيعطي بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليفتدي به السوام ، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه . =

ولا يريد أن يشتري[١]،

فإن اغتر به إنسان: فاشترى ، فالشـراء صحيح ، وإن أثم بالغرور[٢].

---

* وقال ابن قتيبة : النجش : الختل والخديعة ، ومنه قيل للصائد : ناجش ، لأنه يختل الصيد .

(١) إعلم الناجش عاص بفعله ، وهو حرام لماروى عن ابن عمر رضي الله عنهما : (أنه‌عليه السلام نهى عن النجش) فتح الباري ٥/٢٥٩ ـ ٢٦٠ .

وعن ابي هريرة رضي الله عنه ، أنه عليه السلام : نهى أن يبيع حاضر لباد ، وأن يتناجشوا رواهما أحمد ومسلم والبخاري/ فتح الباري ٥/٢٧٧ .

وقال عليه السلام : (لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسوم على سوم غيره) وفي لفظ : (لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه) رواه أحمد ومسلم والبخاري فتح الباري ٥/٢٥٧ ، والمراد بالبيع الشراء .

وروى أحمد عن ابن عمر : إنه عليه السلام قال : (لا يبـع أحدكم ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له) وهذا لفظ البخاري.

وروى النسائي : أنه عليه السلام قال : (لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر ولأن في ذلك إيجاشاً وإضراراً به ، النسائي ٦/٢٢٦ ، مغنى المحتاج ٣/٦٧ ، وفتح القدير ٦/٤٧٧ .

وعن أبي هريرة : أن رسول الله ﷺ قال : لا تلقوا الركبان ، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد ، متفق عليه فتح الباري ٥/٢٧٧ ، وقال ﷺ : (الخديعة في النار) المغني لابن قدامه ٤/٢٢٤ ، فتح الباري ٥/٢٥٩ .

(٢) لأنه خديعة ومكر ، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع ، فالبيع صحيح ، لأن النهي لا يعود إلى البيع ، فلم يمنع صحته ، كالبيع في حال النداء / المهذب للشيرازي ١٢/٣٢ .

وقال مالك: (الشراء)[١] باطل[٢] .

فإن بان للمشتري: أن النجش، كان بمواطاة من البائع، فهل يثبت للمشتري الخيار؟ فيه وجهان :

أحدهما : وهو ظاهر كلام الشافعي رحمه الله: أنه لا خيار له[٣] .
وقال أبو إسحاق : يثبت له الخيار[٤] .

فإن قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا، فاشتراها رجل بذلك عن قوله (فكان)[٥] كاذباً، فهل يثبت له الخيار (فعلى وجهين)[٦] .

---

(١) (الشراء) : في حـ وفي أ ، ب الشري .

(٢) وعن أحمد رواية : أن البيع باطل اختاره أبو بكر ، وهو قول مالك ، لأن النهي يقتضي الفساد ولأحمد : أن النهي عاد إلى الناجش ، لا إلى العاقد ، فلم يؤثر في البيع ، ولأن النهي لحق الآدمي ، فلم يفسد العقد ، كتلقى الركبان ، وبيع المعيب ، والمدلس ، وفارق ما كان لحق الله تعالى : لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن ، لكن إن كان في البيع غبن ، لم تجر العادة بمثله ، فللمشتري الخيار ، بين الفسخ والأمضاء ، كما في تلقي الركبان ، وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن / المغني لابن قدامه المقدسي ٤/٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٣) لأن المشتري فرط في ترك التأمل ، وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع .

(٤) إن له الخيار بين الأمساك والرد ، لأنه دلس عليه ، فثبت له الرد ، كما لو دلس عليه بعيب / المهذب للشيرازي ١٢/٢٣٢ ، وروضة الطالبين ٣/٤١٤ ، ومغني المحتاج ٣/٣٧ .

(٥) (فكان) : في ب وفي حـ وكان وفي أ وان كان .

(٦) (فعلى وجهين): في ب ، وفي أ ، حـ على الوجهين .

=

ويحرم أن يدخل على سوم أخيه إذا كان قد أنعم (له)[1] بالبيع وإن لم يظهر منه (إجابة)[2] ولا رد، ففي تحريم الدخول على سومه قولان[3] :

= وأعلم أن الشافعي رضي الله عنه ، أطلق القول بتعصية الناجش ، وشرط في تعصية البائع على بيع أخيه ، أن يكون عالماً بالنهي .

قال الأصحاب : السبب فيه : أن النجش خديعة وتحريم الخديعة واضح لكل أحد ، معلوم من الألفاظ العامة ، وإن لم يعلم هذا الحديث ، والبيع على بيع أخيه إنما عرف تحريمه من الخبر الوارد وهو قوله ﷺ : (لا يبع الرجل على بيع أخيه) متفق عليه فتح الباري ٢٥٧/٥ ، واللفظ لمسلم : روضة الطالبين ٤١٤/٣ - ٤١٥ .

(١) (له) : في أ ، ب وفي حـ ساقطة .

(٢) (أجابة) : في أ إجابة وفي حـ إحانة والأول هو الصحيح وفي ب اجازه .

(٣) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه : أن النبي ﷺ ، قال : «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسم على سوم أخيه» سنن النسائي ٢٢٦/٧ ولأن في ذلك إفساداً أيضاً وانجاشاً فلم يحل ، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً ، فلم ينعم له ، جاز لغيره أن يطلبه ، لأنه لم يدخل على سومه .

والقولان هما :

أحدهما: يحرم .

والثاني : لا يحرم ، كالقولين في الخطبة على خطبة أخيه .

وأما إذا عرضت السلعة في النداء ، جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد في ثمنها ، لما روى أنس رضي الله عنه : (عن رجل من الأنصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته ، فأتى رسول الله ﷺ ، وذكر ذلك له فقال : ما عندي شيء فقال: اذهب فأتني بما كان عندك، فذهب فجاءه بحلس وقدح فقال: يا رسول الله: هذا الحلس والقدح فقال من يشتري هذا الحلس والقدح؟ فقال رجل أنا آخذهما بدرهم، فقال من يزيد على درهم؟ فسكت القوم قال: من يزيد على درهم؟ فقال رجل: أنا آخذهما بدرهمين قال هما لك، ثم قال: إن المسألة لا =

ويحرم أن يبيع الحاضر للبادي، وذلك (بأن)[1] يَقْدُمَ رجل ومعه متاع يريد بيعه .

وبالناس حاجة إليه في البلد، (وإذا)[2] بيع اتسع، (وإذا لم يبع ضاق)[3]، فيجيء إليه سمسار ويقول له: لا تبع حتى أبيعه لك قليلاً قليلاً وأزيد في ثمنه، فذلك حرام[4].

= تحل إلا لثلاثة لذي دم موجع، أو فقر مدقع، أو غرم مفظع «سنن ابن ماجه ٧٤٠/٢ ولأن في النداء لا يقصد رجلاً بعينه، فلا يؤدي إلى النجش والإفساد/ المهذب للشيرازي ٣٤/١٢، ومغني المحتاج ٣٧/٣.

وكذلك يحرم أن يبيع على بيع أخيه، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار فيقول : إفسخ فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن ، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «لا يبع الرجل على بيع أخيه» ولأن في هذا إفساداً وإنجاشاً فلم يحل، فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه، صح البيع، لما ذكرناه في النجش، وللنسائي من طريق ابن عمر: لا يبع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر/ المهذب للشيرازي ٣٤/١٢.

(١) (بأن) في ب ، حـ وفي أ أن .

(٢) (وإذا) : في ب ،حـ وفي أ فإذا .

(٣) (وإذا لم يبع ضاق) : في أ وإن لم يبع ضاق وفي ب وإذا يبع ضاق وفي حـ فإذا لم يبع ضاق .

(٤) لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ/ (لا يبع حاضر لباد قلت: ما لا يبع حاضر لباد قال: لا يكون سمساراً) أخرجه الجماعة إلا الترمذي/ فتح الباري ٥: ٢٧٥ .

وروى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ «لا يبع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» فإن خالف وباع له ، صح البيع ، لما ذكرناه في النجش . رواه الجماعة إلا البخاري ،سنن النسائي ٧ : ٢٢٥ .

فإن كان البلد كبيراً، (ولا يضق)[1] على أهله ترك البيع، ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز[2] .

وذكر في الحاوي : أن قوماً من أهل الظاهر يحملون الحديث على ظاهره: (فيمنعون الحاضر أن يبيع)[3] للبادي، وأن يشتري له، وامتنع آخرون من البيع دون الشراء .

---

(١) (ولا يضيق) : في أ ،حـ وفي ب : يشق .

(٢) لأن المنع لخوف الإضرار بالناس ، ولا ضرر هاهنا . والثاني/ لا يجوز للخبر / المهذب للشيرازي ١٢ : ٣٧ .

(٣) (فيمنعون الحاضر أن يبيع) : في ب ،حـ وفي أ فيمنعوا في الحاضر أن يبيع .

قال الشافعي رحمه الله في الأم بعد سوق الحديثين: حديث ابن عمر وحديث جابر : «وليس في النهي عن بيع حاضر لباد بيان معنى : والله أعلم لم نهي عنه ، إلا أن أهل البادية يقدمون جاهلين بالأسواق ، ولحاجة الناس إلى ما قدموا به . ومستثقلي المقام ، فيكون أدنى إلى ما يبيع الناس من سلعهم ولا بالأسواق فيرخصوها لهم . فنهوا ـ والله أعلم ـ لئلا يكون سبباً لقطع ما يرجى من رزق المشتري من أهل البادية لما وصفت من أرخاصه منهم ، فأي حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه ، لأن البيع لو كان مفسوخاً ، لم يكن في بيع الحاضر للبادي إلا الضرر على البادي من أن يحبس سلعته ، ولا يجوز فيها بيع غيره حتى يلي هو وباد مثله بيعها ، فيكون بإكسادها ، وأحرى أن يرزق مشتريه منه بإرخاصه إياها بإكسادها بالأمر الأولى من رد البيع وغرة البادي الآخر ، فلم يكن ههنا معنى يمنع أن يرزق بعض الناس من بعض فلم يجز فيه ـ والله أعلم ـ إلا ما قلت من أن بيع الحاضر للبادي جائز غير مردود ، والحاضر نهي عنه»

ا.هـ. كلام الشافعي في الأم المجموع ١٢ : ٢٨ .

وذهب آخرون: إلى أنه منسوخ، والجميع فاسد[1] .

ويحرم تلقي الركبان: وهو أن (يتلقى)[2] القافلة، ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع في البلد ليغبنهم[3]، فإذا دخلوا السوق وبان لهم

---

(١) وظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بيع الحاضر للبادي بثلاثة شروط .
أحدها: أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له .
والثاني : أن يكون البادي جاهلاً بالسعر ، لقوله : فيعرفه السعر ، ولا يكون التعريف إلا لجاهل ، وقد قال أحمد في رواية أبي طالب ، إذا كان البادي عارفاً بالسعر ، لم يحرم .
والثالث : أن يكون قد جلب السلع للبيع ، لقوله / وقد جلب السلع ، والجالب هو الذي يأتي بالسلع ليبيعها .
وذكر القاضي شرطين آخرين :
أحدهما : أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها.
والثاني : أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه ، وضيق في تأخير بيعه .
فمتى اختل منها شرط ، لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام / المغني لابن قدامة المقدسي ٤ : ٢٣٨ - ٢٣٩ .

(٢) (يتلقى) : في أ ،حـ وفي ب يلقي .

(٣) لما روى ابن عمر رضي الله عنه : إن رسول الله ﷺ : نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق» رواه الشيخان . فتح الباري ٥ : ٢٧٩ .
وعن أبي هريرة : رضي الله عنه بلفظ : نهى النبي ﷺ أن يتلقى الجلب، فإن تلقاه إنسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق . رواه البخاري . / فتح الباري ٥ : ٢٧٨ .
ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل ، فإن خالف واشترى، صح البيع لما ذكرنا ، في النجش . / المهذب ١٢ : ٤١ .

الغبن، ثبت لهم الخيار[1]، (فإن لم يكن قد غبنهم)[2] ففيه وجهان :

أحدهما: أنه لا خيار لهم[3] .

وإن خرج رجل إلى خارج البلد لحاجة غير التلقي، فلقي القافلة، فهل يجوز أن يبتاع منهم؟ فيه وجهان :

أظهرهما: أنه لا يجوز[4] .
وفي مدة خيار التلقي وجهان :

أظهرهما: أنه يتقدر بالإمكان .
والثاني : أنه يتقدر (بالثلاث)[5] .

وإن خرج للتلقي، فهل يحرم عليه البيع؟

منهم : فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يحرم كما يحرم الشراء[6] .

---

(١) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : «لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه واشترى منهم فصاحبه بـالخيار إذا أتى السـوق» سنن النسائي ٧ : ٦٣٥ . ولأنه غرهم ودلس عليهم ، فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب / المهذب للشيرازي ١٢ : ٤١ .

(٢) (فـإن لم يكن قد غبنهم) : في أ و حـ وفي ب وإن لم يكن غبنهم .

(٣) لأنه ما غر ولا دلس . والثاني : أن لهم الخيار للخبر .

(٤) لأن المنع من التلقي للبيع ، وهذا المعنى موجود ، وإن لم يقصد التلقي ، فلم يجز ، والوجه الثاني : أنه يجوز ، لأنه لم يقصد التلقي : المهذب للشيرازي ١٢ : ٤١ ، ومغني المحتاج ٣ : ٣٦ .

(٥) (بالثلاث) : في ب ، حـ وفي أ بالثلث .

(٦) والوجه الثاني : النهي عن الشراء دون البيع ، فلا يدخل البيع فيه، المغني لابن قدامه ٤ : ٢٤٢ .

فإن تلقاهم (واشترى)[1] منهم بغبن، فلم يقدموا البلد حتى رخص (السعر)[2] وعاد إلى ما كان (قد)[3]أخبرهم، فهل يثبت لهم الخيار؟ فيه وجهان:

وروي أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان[4].

قال القتبيني[5] : هو أن يشتري السلعة، فيدفع درهماً، على أنه إن أخذ السلعة كان المدفوع من الثمن، (وإن)[6] رد السلعة، لم (يسترجع)[7] ذلك المدفوع.

وحكي عن أحمد أنه قال : لا بأس به[8] .

---

(١) (واشترى) : في ب ،حـ وفي أ فاشترى .

(٢) (السعر) : في ب ،حـ وفي أ البيع .

(٣) (قد) : في ب ،حـ وساقطة من أ .

(٤) قال أهل اللغة : في العربان ست لغات : عربان ، وعربون بضم العين ، وإسكان الراء فيهما ، وعربون بفتحهما ، وأربان وأربون بالهمزة بدل العين والوزن كالوزن . وفي الفاظ التنبيه : أفصحهن عربون بفتحهما ـ وهو أعجمي معرب ، وأصله في اللغة : التسليف والتقديم ، ويقال منه : عربت في الشيء وأعربت وهو أن يشتري شيئاً ويعطي درهماً أو دراهم ويقول : إن تم البيع بيننا فهو من الثمن ، وإلا فهو هبة لك / المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٦٨ ـ ٣٦٩ ، والواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٥٧ ـ ٥٨ .

(٥) (القتبيني) : في حـ وفي أ ، ب القتبيشي .

(٦) (وإن) : في ب ، حـ وفي آفان .

(٧) (يسترجع) : في ب ،حـ وفي أ يرجع .

(٨) والفقهاء في بيع العربون على رأيين :
أولاً : المانعون : وهم مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، والشيعة الزيدية =

= وأبو الخطاب من الحنابلة ، وهو مذهب ابن عباس والحسن ، وأبطله أيضاً أصحاب الرأي / المجموع ٩ : ٣٦٩ واستدلوا على بطلان بيع العربون بما يأتي :

أولاً : بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : (نهى النبي ﷺ عن بيع العربان) رواه أحمد ، والنسائي وأبو داود ، وهو لمالك في الموطأ / نيل الأوطار للشوكاني ٥ : ١٦٢ ، وسبل السلام ٣ : ١٧ .

والمنتقى ٤ : ١٥٧ ، وأبو داود ٥ : ١٤٢ .

ثانياً : لما فيه من الشرط الفاسد . وأن هذا البيع يشتمل على شرطين فاسدين :

الأول : اشتراط المشتري على البائع ، على أنه إذا لم يرض بالمبيع ، كان ما دفع ملكاً للبائع مجاناً .

الثاني : اشتراط المشتري على البائع رد المبيع إذا لم يرض به / نيل الأوطار للشوكاني ٥ : ١٦٢ ، والواضح النبيه شرح التنبية ٥ : ٥٨ ، ٢ : ٣٩ .

ومعلوم : أن النهي يقتضي الفساد إذا شرط شيئاً للبائع بغير عوض / البحر الزخار ٣ : ٢٩٥ ، إلا أن الشافعية قالوا : إذا وقع الشرط في نفس العقد فالبيع باطل ، وإن كان الشرط قبل العقد وعند العقد ، لم يتلفظ به فالبيع صحيح ، لعدم المنافي للعقد / المجموع ٩ : ٣٦٩ ، ونهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٧٦ ، والبجيرمي على المنهج ٢ : ٢٠٩ .

ثالثاً : للغرر وأكل المال بالباطل ، لأنه من المخاطرة وأكل المال بغير عوض ، كما قال ابن رشد الحفيد / بداية المجتهد ، ٢ : ١٧٦ والمجموع : ٩ : ٣٦٩ ، والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ .

وقال ابن اطفيش من الإباضية : هذا البيع لا يجوز ، حتى ولو أتى المشتري للبائع ببقية الثمن ، لأنه عقد لا يحل ، وعلى البائع أن يرد له ذلك البعض إن لم يرجع في الوقت ، وأن يرد الباقي إن أخذه أيضاً . وعلى كل حال : لزمتهما التوبة وقال : إنه غرر ومخاطره ، وأكل مال بلا عوض / شرح النيل ٤ : ٨٧ . =

= وابن رشد الجد قال : إن بيع العربون من بيوع الجاهلية التي نهى النبي ﷺ عنها ، لأنها من أكل المال بالباطل واستشهد لذلك بقوله تعالى : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ . سورة النساء : ٢٩ وفسرها بتجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار ، لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لا يحل ولا يجوز ، لأنه من الميسر الذي حرمه الله سبحانه في كتابه حيث يقول : ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والازلام رجس من عمل الشياطين فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾ المائدة : ٩٠ .

ثم يذكر العقد الذي فيه غرر كثير لا يصح . والغرر المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء : أحدها العقد ، والثاني : أحد العوضين والثالث : الأجل فيهما أو في أحدهما ومثل للغرر بقوله : نهى النبي ﷺ عن بيعتين ، وعن بيع العربون / نيل الأوطار ٥ : ١٦٢/ المقدمات ١ : ٢٢٢ .

ثانياً : المجوزون : وهم : عمر بن الخطاب ، وابن عمر ، ومحمد بن سيرين ، وأحمد بن حنبل ، ونافع بن عبد الحارث ، وزيد بن أسلم ، ومجاهد ./ المجموع ٩ : ٣٦٩ ، وسبل السلام ٣ : ١٧ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٥ : ١٦٣ ، وشرح النيل ٤ : ٨٧ ، واعلام الموقعين ٢ : ٣٨٩ واستدلوا على جواز بيع العربون بما يأتي :

أولاً : بما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم : (أنه سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله): نيل الأوطار للشوكاني ٥: ١٦٢ وفي اسناده إبراهيم بن يحي قال عنه الشوكاني ضعيف .

ثانياً : بما روى عن نافع بن عبد الحارث عامل عمر على مكه ، أنه اشترى من صفوان ابن أمية داراً لعمر بن الخطاب بأربعة الاف درهم ، واشترط عليه نافع : إن رضي عمر فالبيع له ، وإن لم يرضى فلصفوان أربعمائة درهم / المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٦٩ ، واعلام الموقعين ٣٨٩/٣ ، وكشاف القناع ١٩٥/٣ ، والمغني لابن قدامة ٤ : ١٧٥ - ١٧٦ ، ومطالب أولي النهى ٣ : ٧٨ .

قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب إليه؟ فقال الإمام أحمد : أي شيء=

ولا يحل التسعير[1] .

= أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه ، ثم ضعف حديث ابن ماجه (نهى عن بيع العربون).

إن من دفع للبائع قبل البيع درهماً وقاله له : لا تبع هذه السلعة لغيري ، وإن لم اشترها منك فالدرهم لك ، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ ، ثم حسب الدرهم من الثمن ، فالبيع صحيح ، لخلو العقد من الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذي حصل لعمر ، كان على هذا الوجه ، فيكون بذلك جمعاً بين من منعه ، وبين فعل عمر ، والخبر ، وموافقة القياس / المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٦ ، وكشاف القناع ٣ : ١٩٥ .

ولا يصح جعل العربون عوضاً عن انتظار البائع ، لأنه لو كان كذلك ، لما جاز جعله من الثمن عند العقد ، والانتظار بالبيع لا يجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت المعاوضة ، لوجب أن يكون الزمن معلوم المقدار كما في الاجارة / المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٦ ، وكشاف القناع ٣ : ١٩٥ .

وليس للبائع ومؤجر ، الزام مشتر ، أو مستأجر ، بدفع بقية ثمن وأجرة في مدة الاشتراط لاحتمال عدم تمام العقد وهو متجه / مطالب أولي النهى ٣ : ٧٨ ـ ٧٠ .

ثالثاً : بما روى عن ابن سيرين ، وسعيد بن المسيب أنهما قالا : لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً ، وأحمد قال هذا في معناه ، وهذا هو القياس / المغني لابن قدامه ٤ : ١٧٥ .

(١) ولا يحل التسعير :

وردت عدة أحاديث في التسعير منها المانع ومنها المجيز .

١ ـ عن أبي هريرة أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله سعرّ؟ قال : بل ادع الله ، ثم جاءه رجل فقال : يا رسول الله سعر؟ قال : بل الله يرفع ويخفض وإني لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندي مظلمة / السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٢٩ ورواه أبو داود عن محمد بن عثمان الدمشقي عن سليمان بن بلال . =

٢ ـ عن أنس قال: قد غلا السعر على عهد الرسول ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت؟ فقال: إن الله هو القابض الباسط الـرازق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال» رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي.

٣ ـ وأما الأثر ، فعن سعيد بن المسيب قال : مر عمر بن الخطاب رضي الله عنه على حاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباً له بالسوق فقال له عمر رضي الله عنه ، إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا .

وتمام هذا الأثر : فيما روى الشافعي عن الدراوردي عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر رضي الله عنه ، أنه مر بحاطب بسوق المصلي وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما ، فسعر له مدين لكل درهم ، فقال له عمر رضي الله عنه قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون بسعرك ، فإما أن ترفع في السعر ، وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت ، فلما رجع عمر حاسب نفسه ، ثم أتى حاطباً في داره ، فقال له : إن الذي قلت ليس بعزمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع : السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٢٩ .

وقد استدل بحديث أنس وما ورد في معناه على تحريم التسعير وأنه مظلمه . ووجهه : أن الناس مسلطون على أموالهم ، والتسعير حجر عليهم ، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين ، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن ، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم ، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به ، مناف لقوله تعالى : إلا أن تكون تجارة عن تراض ، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء .

وروي عن مالك : أنه يجوز للإمام التسعير ، والاحاديث ترد عليه .

وظاهر الأحاديث: أنه لا فرق بين حالة الغلاء وحالة الرخص، ولا فرق بين المجلوب وغيره وإلى ذلك مال الجمهور.

وروي عن مالك أنه قال: إذا خالف واحد أهل السوق بزيادة أو نقصان يقال له : أما أن تبيع بسعر أهل السوق أو (تنعزل)[1].

فإن سعر السلطان على الناس، فباع الرجل متاعه وهو لا يريد بيعه بذلك (ولم يقدر)[2] على (ترك)[3] البيع، كان مكرهاً .

(وقال)[4] أبو حنيفة: إكراه السلطان: يمنع صحة البيع، وإكراه غيره لا يمنع ذكره في الحاوي .

ويحرم الاحتكار في الأقوات[5]: وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه.

= وفي وجه للشافعية : جواز التسعير في حالة الغلاء ، وهو مردود .
وظاهر الأحاديث : عدم الفرق بين ما كان قوتاً للآدمي ولغيره من الحيوانات ، وبين ما كان من غير ذلك من الإدامات ، وسائر الأمتعة .
وجوز جماعة من متأخري أئمة الزيدية ، جواز التسعير فيما عدا قوت الآدمي ، والبهيمة . / نيل الأوطار للشوكاني ٥ : ٢٣٣ .

(١) (تنعزل) : في ب ، حـ وفي أ ينعزل .

(٢) (ولم يقدر) : في حـ وفي أ ، ب لم يقدر .

(٣) (ترك): في ب وفي أ، حـ نزل.

(٤) (وقال): في أ ، ب وفي حـ قال.

(٥) الاحتكار : ورد عدة أحاديث في الاحتكار منها .
١ ـ عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوي : أن النبي ﷺ قال : (لا يحتكر إلا خاطىء . وكان سعيد يحتكر الزيت) رواه أحمد ، ومسلم ، وأبو داود .
٢ ـ وعن معقل بن يسار قال : قال رسول الله ﷺ : (من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم ، كان حقاً على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة) . رواه أحمد .

....

= ٣ ـ وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : (من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء) رواه أحمد .

٤ ـ وعن عمر قال : سمعت النبي ﷺ يقول : (من إحتكر على المسلمين طعامهم ، ضربه الله بالجذام والافلاس) . رواه ابن ماجه .

فهذه الأحاديث تدل على الإحتكار المحرم من غير فرق بين قوت الآدمي والدواب ، وبين غيره .

وذهبت الشافعية : إلى أن المحرم إنما هو إحتكار الأقوات خاصة لا غيرها ولا مقدار الكفاية منها ، وإلى ذلك ذهبت الهادوية .

قال ابن رسلان في شرح السنن: ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به . ويدل على ذلك :(ما ثبت أن النبي ﷺ كان يعطي كل واحدة من زوجاته عائشة وسق من خيبر) .

قال ابن رسلان في شرح السنن :/ (وقد كان رسول الله ﷺ يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره .

قال أبو داود : سألت أحمد ، ما الحكرة ؟ قال : ما فيه عيش الناس : أي حياتهم وقوتهم .

وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله ـ أي أحمد بن حنبل ـ يسأل عن أي شيء الاحتكار؟ فقال : إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره ، وهذا قول ابن عمر .

وقال الأوزاعي : المحتكر من يعترض السوق : أي ينصب نفسه للتردد إلى الأسواق يشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه ليحتكره .

والحاصل : أن العلة إذا كانت هي الأضرار بالمسلمين ، لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضربهم ، ويستوي في ذلك القوت وغيره ، لأنهم يتضررون بالجميع.

قال الغزالي: ما ليس بقوت ولا معين عليه فلا يتعدى النهي إليه، وإن كان مطعوماً وما يعين على القوت كاللحم والفواكه، وما يسد مسد =

ومن أصحابنا من قال : يكره، ولا يحرم، وليس بشيء .

= شيء من القوت في بعض الأموال، وإن كان لا يمكن المداومة عليه فهو في محل النظر.

فمن العلماء : من طرد التحريم في السمن والعسل ، والشيرج ، والجبن والزيت وما يجري مجراه .

وقال السبكي : إذا كان في وقت قحط ، كان في إدخار العسل ، والسمن والشيرج وأمثالها اضرار ، فينبغي أن يقضى بتحريمه ، وإذا لم يكن اضرار فلا يخلو احتكار الأقوات عن كراهه .

وقال القاضي حسين : إذا كان الناس يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد أو لستر العورة ، فيكره لمن عنده ذلك إمساكه ./ نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٣٣ - ٢٣٥ .

بـــاب
(اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع)[1]

إذا أختلف المتبايعان في قدر الثمن (ولا بينه)[2] لواحد منهما تحالفا[3] .

---

(١) باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع) : غير واضحة في حـ .

(٢) (ولا بينة) : مكررة في نسخة أ .

(٣) لما روى ابن عباس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادّعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدّعى عليه» رواه مسلم في صحيحه بلفظ (لو يعطى الناس بدعواهم، لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه) صحيح مسلم ١٢: ٢ .

وفي رواية أن النبي ﷺ «قضى باليمين على المدعى عليه» مسلم ١٢ : ٣ هكذا روى هذا الحديث البخاري ومسلم في صحيحهما مرفوعاً من رواية ابن عباس ، وهكذا ذكره أصحاب السنن وغيرهم .

قال الإمام النووي رحمه الله في شرح مسلم : قال القاضي عياض رضي الله عنه قال الأصيلي : لا يصح مرفوعاً ، إنما هو قول ابن عباس ، كذا رواه =

(وقال الشافعي)[1] يبدأ بيمين البائع [2] وقال في الصداق[3]، يبدأ بيمين الزوج، والزوج كالمشتري هاهنا .

وقال في الدعوى والبينات: إن بدأ بالبائع (خيّر)[4] المشتري، وإن بدأ بالمشتري (خيّر)[5] بالبائع.

فمن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة أقوال .

(أصحها)[6]: أنه يبدأ بيمين البائع[7] .

= أيوب ونافع الجمحي عن ابن أبي ملكيه عن ابن عباس رضي الله عنهما . قال القاضي قد رواه البخاري ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعاً .

قال النووي : وقد رواه أبو داود ، والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي ملكية عن ابن عباس مرفوعاً . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ./ مسلم بشرح النووي ١٢ : ٣ .

وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح ، زيادة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : لو يعطي الناس بدعواهم ، لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البينه على المدعي ، واليمين على من أنكر . / المجموع ١٢ : ٦٦ .

(١) (قال الشافعي رحمه الله) : في ب وساقطه من أ حـ .

(٢) أي في البيوع .

(٣) إذا اختلف الزوجان .

(٤) (خيّر): في أ ،حـ وفي ب أجير .

(٥) (خيّر) : في أ ، حـ وفي ب أجير ، وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بالبائع ، وبين أن يبدأ بالمشتري .

(٦) (أصحها) : فيحـ وفي أ ، ب أصحهما .

(٧) لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: إذا اختلف البيعان، فالقول ما قال البائع ، والمبتاع بالخيار أخرجه أحمد وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه =

والثاني : أنه يبدأ بيمين المشتري، وهو قول أبي حنيفة[1] .
والثالث : أنه مخير بينهما[2] .

ومن أصحابنا من قال قولاً واحداً : يبدأ بيمين البائع[3].

ذكر في الحاوي : أنا إذا قلنا : يبدأ بيمين البائع، فهل ذلك على سبيل الأولى، أو على طريق الاستحقاق؟

فيه وجهان :

بلفظ : (إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة ، فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان) وزاد ابن ماجة : (والبيع قائم بعينه) وكذلك أحمد في رواية (والسلعة كما هي) . سنن ابن ماجه ٢ : ٧٣٧ .

وللدارقطني عن أبي وائل عن عبد الله قال : (إذا اختلف البيعان والبيع مستهلك فالقول قول البائع) سنن الدارقطني ٣ : ٢١ .

قال ابن تيمية الجد / ورفع الحديث إلى النبي ﷺ .

ولأحمد والنسائي عن أبي عبيدة : «وأتاه رجلان تبايعا سلعة فقال هذا : أخذت بكذا وكذا ، وقال هذا : بعت بكذا وكذا المجموع ١٢ : ٦٦ .

ولأن جنبته أقوى ، لأنه إذا تحالفا ، رجع المبيع إليه ، فكانت البداية به أولى .

(١) لأن جنبته أقوى ، لأن المبيع على ملكه ، فكان بالبداية أولى ./ المهذب للشيرازي ١٢ : ٦٥ .

(٢) لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعوى فتساويا ، كما لو تداعيا شيئاً في يديهما.

(٣) ويخالف الزوج في الصداق ، لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة ، لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج ، فكان بالتقديم أولى ، وها هنا جنبة البائع أقوى ، لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع ، فكان البائع بالتقديم أولى . والذي قال في الدعوى والبينات ، ليس بمذهب له ، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده ، لأنه موضع اجتهاد فقال : إن حلّف الحاكم البائع باجتهاد ، خيّر المشتري ، وإن حلف المشتري خيّر البائع المهذب ١٢ : ٦٥ .

أصحهما : أنه على سبيل الاستحقاق، فلو بدأ بيمين المشتري من غير اجتهاد، لم يجبر .

والثاني : أنه على سبيل الأولى، فلو بدأ بيمين المشتري جاز.

ويجمـــع كـل واحــد منهمـا بين النفي والإثبــات في اليمين، (ويقدم)(١) النفي على الإثبات .

وقال أبو سعيد الاصطخري: (يقدم)(٢) الإثبات على النفي .

والمذهب: الأول(٣).

(وهل يجمع بينهما بيمين واحدة أو بيمينين)؟(٤) فيه وجهان :

أحدهما : وهو المنصوص عليه (أنه)(٥) يجمع بينهما بيمين واحدة (فيقول)(٣): والله ما بعته بخمسمائة (ولقد بعته بألف)(٦) .

---

(١) لأنه يدعي عقداً وينكر عقداً ، فوجب أن يحلف عليهما .

(٢) (ويقدم) : في ب ،حـ وفي أ ونقدم .

(٣) (يقدم) : فيحـ وفي أ ، ب نقدم .

(٤) لأن الأصل في اليمين ، أن يبدأ بالنفي ، وهي يمين المدعي عليه ، فوجب أن يبدأ ههنا أيضاً بالنفي ، ويخالف اللعان ، فإنه لا أصل له في البداية بالنفي / المهذب للشيرازي ١٢ : ٧١ .

(٣) (أو بيمينين): في ب ، حـ.

(٤) (أنه) : في ب وفي أ ،حـ أن .

(٥) (فيقول) : غير واضحة في أ وموجوده في ب ، حـ .

(٦) (ولقد بعته بألف) : في ب ،حـ وساقطة من أ .

(ويحلف المشتري ما اشتريته بـألف)[1] (ولقد اشتريته بخمسمائة)[2] وعلى الوجه الآخر: يقدم الإثبات[3] .

وحكي في الحاوي وجهاً آخر عن بعض البصريين في صفة الجمع: أن يحلف البائع فيقول : والله ما بعته إلا بألف، ثم يحلف المشتري، والله ما اشتريته إلا بخمسمائة، لأنه اسرع في فصل الخصومة .

والوجه الثاني: (أنه)[4] يفرد النفي بيمين، والإثبات بيمين.

قال القاضي أبو الطيب : وهذا عندي أصح .

(وإذا)[5] تحالفا، فهل ينفسخ البيع بينهما، أو يفسخ؟ فيه وجهان :

---

(١) (ويحلف المشتري : ما اشتريته بألف) : في ب وساقطة من أ ، حـ .

(٢) (ولقد اشتريته بخمسمائة) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٣) إنه يفرد النفي بيمين والاثبات بيمين، لأنه دعوى عقد وإنكار، فافتقر إلى يمينين، ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة ، حلفنا البائع على الاثبات ، قبل نكول المشتري عن يمين النفي ، وذلك لا يجوز .
فعلى هذا : يحلف البائع أنه ما باع بألف ، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين ، فإن نكل المشتري ، حلف البائع أنه ما باع بألفين وقضي له ، فإن حلف المشتري ، حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشتري أنه باع بألف ، فإن نكل قضي للبائع ، وإن حلف فقد تخالفا ./ المهذب للشيرازي ١٢ : ٧١ .

(٤) (إنه) : في ح وفي ب أن وساقطة من أ .

(٥) (وإذا) : في ب ، حـ وفي أ فإذا .

أحدهما : وهو المنصوص أنه يفسخ[1]، وفي الذي يفسخ وجهان :

أحدهما : أن الحاكم يفسخه .

والثاني : أنه يفسخ بالمتعاقدين .

وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً آخر : إن لكل واحد منهما أن (ينفرد)[2] بفسخه، وليس بصحيح .

والوجه الثاني : أنه يفسخ بنفس التحالف[3] .

وهل ينفذ الفسخ ظاهراً وباطناً، أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدهما: أنه ينفذ ظاهراً وباطناً[4] .

والثاني : أنه ينفذ في الظاهر دون الباطن[5] .

---

(١) إنه ينفسخ بنفس التحالف كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولاً ، والبيع لا يثبت مع جهالة العوض ، فوجب أن ينفسخ ./ المهذب ١٢ : ٧٤ .

(٢) (ينفرد) : في ب ،حـ وفي أ يتفرد .

(٣) أنه لا ينفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص ، لأن العقد في الباطن صحيح ، لأنه وقع على ثمن معلوم ، فلا ينفسخ بتحالفهما ولأن البينة أقوى من اليمين ، ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه ، لم ينفسخ البيع ، فلأن لا ينفسخ باليمين أولى ./ المهذب للشيرازي ١٢ : ٧٤ .

(٤) لأنه فسخ بالتحالف ، فوقع ظاهراً وباطناً ، كفسخ النكاح باللعان ، ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة ، فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب .

(٥) لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن ، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن ، إختص البطلان بالظاهر دون الباطن .

والثالث : أن البائع إن كان ظالماً نفذ الفسخ في الظاهر دون الباطن[1] وإن كان البائع مظلوماً (نفذ)[2] ظارهاً وباطناً[3] .

فإن قلنا: ينفسخ في الظاهر دون الباطن، لم يحل للبائع وطؤها، ولكنه يبيعها ويستوفي حقه من ثمنها إذا كان صادقاً .

ويجوز أن يتولى البيع بنفسه في أصح الوجهين :

وإن كان المبيع هالكاً، واختلفا في قدر ثمنه، تحالفا، وفسخ البيع بينهما[4] ورجع بقيمة المبيع .

وفي وقت اعتبار القيمة وجهان (كالبيع فاسد)[5] .

---

(١) لأنه يمكنه أن يصدق المشتري ، ويأخذ منه الثمن ، ويسلم إليه المبيع ، فإذا لم يفعل كان ممتنعاً من تسليم المبيع بظلم ، فلم ينفسخ البيع / المهذب ١٢: ٨١ .

(٢) (نفذ) : في حـ وفي أ ، ب يفد .

(٣) لأنه تعذر عليه أخذ الثمن، ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله، كما لو أفلس المشتري ووجد البائع عين ماله.

فإن قلنا : إن الفسخ يقع في الظاهر والباطن ، عاد المبيع إلى ملك البائع وإلى تصرفه .

وإن قلنا : إن الفسخ في الظاهر دون الباطن . نظرت : فإن كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع والتصرف فيه ، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشتري من الثمن ويسلم المبيع إليه ، وإن كان مظلوماً ، لم يجز له التصرف في المبيع بالوطء ، والهبة ، لأنه على ملك المشتري ، ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري، ولا يقدر على أخذه منه، فيبيع من المبيع بقدر حقه كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئاً من ماله/ المهذب للشيرازي ١٢: ٨١ .

(٤) لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة .

(٥) (كالبيع الفاسد) : في ب ،حـ وفي أ فالمبيع فاسد .

(فـإن)[1] زادت القيمـة على قـدر الثمن الـذي ادعـاه البـائـع استحقها[2] .

وقال أبو علي بن خيران : لا يستحق ما زاد على الثمن[3] .

(فإن)[4] كان البيع مما له مثل، وجب على المشتري مثله.

وحكى في الحاوي : وجهاً آخر : إنه (تجب)[5] قيمته، وبقولنا : قال محمد بن الحسن، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، (وإحدى)[6] الروايات عن مالك[7] .

= والوجهان : أحدهما : تجب قيمته يوم التلف .
والثاني : تجب قيمته أثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف .

(١) (فـإن) : في ب ، حـ وفي أ وإن .

(٢) وهو المذهب ، لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة ، فالقول قول المشتري لأنه غارم ، فكان القول قوله كالغاصب ، فإن تقابلا أو وجد بالمبيع عيباً فرده واختلفا في الثمن ، فقال البائع : الثمن ألف ، وقال المشتري : الثمن الفان ، فالقول : قول البائع ، لأن البيع قد انفسخ ، والمشتري مدع ، والبائع منكر ، فكان القول قوله / المهذب للشيرازي ١٢ : ٨٤ .

(٣) لأن البائع لا يدعيه ، فلم يجب ، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه .

(٤) (فإن) : في حـ وفي أ ، ب وإن .

(٥) (تجب) : في حـ وفي أ ، ب يجب .

(٦) (واحدى) : في أ ، حـ وساقطة من ب .

(٧) فإذا تحالفا ، فإن رضي أحدهما بما قال الآخر ، لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه كما له ذلك في حال بقاء السلعة ، ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري ، ويدفع المشتري قيمة =

(وقال أبو حنيفة)[1] وأبو يوسف : لا يتحالفان مع هلاك المبيع ويكون القول، قول المشتري، وهو الرواية الثانية عن أحمد، وعن مالك[2] .

وقال زفر، وأبو ثور : القول قول المشتري بكل حال.

وعن مالك رواية ثالثة : (أنه إن كان قبل القبض تحالفا)[3] وإن كان بعد القبض فالقول قول المشتري بكل حال)[4] .

= السلعة إلى البائع ، فإن كان من جنس واحد وتساوياً بعد التقابض تقاصاً ، وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ، ويكون القول قول المشتري مع يمينه ، لأنه لا فائدة في يمين البائع ، ولا فسخ البيع ، لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشتري .

وإن كانت القيمة أقل ، فلا فائدة للبائع في الفسخ ، فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ ، لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة . ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ، ومن اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفاً بصفاتها ، فإن اختلفا في الصفة ، فالقول : قول المشتري مع يمينه ، لأنه غارم والقول قول الغارم ./ المغني لابن قدامه ٤ : ٢١٥ ـ ٢١٦.

(١) (وقال أبو حنيفة) : في ب ،حـ وفي أ وأبو حنيفة .

(٢) لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث : (والسلعة قائمة) فمفهومه : أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ، وأنهما آتفقا على نقل السلعة إلى المشتري ، واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة ، البائع يدعيها والمشتري ينكرها ، والقول قول المنكر، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس . المغني ٤ : ٢١٤ ـ ٢١٥ .

(٣) أنه إن كان قبل القبض تحالفا : في حـ وفي أكان القبض تحالفاً وساقطة من ب .

(٤) (بكل حال) : في أ وساقطة من ب ،حـ .

وحكى في الحاوي عن الشعبي، وشريح[1]: أن القول قول البائع.

فإن مات المتبايعان، واختلف ورثتهما في الثمن، (تحالفوا)[2] وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع في يد وارث، تحالفا، وإن كان في يد وارث المشتري، فالقول قوله مع يمينه.

وإن كان المبيع بين وكيلين، فاختلفا في قدر الثمن، تحالفا في أحد الوجهين[3].

---

(١) شريح بن الحارث القاضي ـ أبو أمية، مات سنة اثنتين وثمانين، قال الأشعث: مات وهو ابن مائة وعشرين سنة، وروى أن عليا عليه السلام قال: إجمعوا لي القراء فاجتمعوا في رحبة المسجد، قال: إني أوشك أن أفارقكم، فجعل يسائلهم: ما تقولون في كذا، ما تقولون في كذا، وبقي شريح، فجعل يسائله، فلما فرغ قال: اذهب، فأنت من أفضل الناس أو من أفضل العرب وقيل: إنه استقضاه عمر على القضاء بالكوفة وبقي في القضاء خمساً وسبعين سنة، ثم استعفى الحجاج فأعفاه / طبقات الفقهاء للشيرازي.

(٢) (تحالفوا): في أ، حـ وفي ب تحالفا.

لأنه يميز في الحال، فقام الوارث فيها مقام الموروث، كاليمين في دعوى المال.

(٣) الأول: يتحالفان، لأنهما عاقدان، فتحالفا كالمسالكين.

والثاني: لا يتحالفان، لأن اليمين تعرض، حتى يخاف الظالم منهما فيرجع والوكيل إذا أقر ثم رجع، ولم يقبل رجوعه، فلا يثبت اليمين في حقه / المهذب للشيرازي ٢ : ٩٠.

قال ابن قدامة المقدسي: وإن مات المتبايعان فورثتهما بمنزلتهما في جميع ما ذكرناه، لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما، وارث حقوقهما، فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما / المغني لابن قدامة ٤ : ٢١٨.

وإن اختلف المتبايعان في قدر المبيع، تحالفا، وكذلك إذا اختلفا في شرط الأجل (أو)[1] وقدره أو في شرط الخيار، أو قدره ، أو شرط الرهن أو الضمان بالمال، أو بالعهدة .

وقال أبو حنيفة، وأحمد لا يتحالفان في هذه (الشروط)[2] والقول قول من ينفيها[3] .

وإن اختلفا في عين المبيع، فقال : بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري بل بعتني هذه الجارية بألف (ففيه)[4] وجهان :

أحدهما : إنهما يتحالفان[5] ذكره ابن الحداد في الصداق، واختاره القاضي أبو الطيب .

والثاني : أن البائع يحلف، ما باع الجارية، ويحلف المشتري ما اشترى العبد، وهو اختيار الشيخ أبي حامد[6] فيحلفان على النفي خاصة .

---

(١) (أو) : في ب ،حـ وساقطة من أ .

(٢) (الشروط) : في ب وفي أ ،حـ الشرائط .

(٣) لأن الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه كأصل العقد ، لأنه منكر ، والقول : قول المنكر .

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٣٠ ، والمغني لابن قدامة ٤ : ٢١٧ .

(٤) (ففيه) : في أ ، ب وفي حـ فعنه وهذا تصحيف .

(٥) لأن كل واحد منهما يدعى عقداً ينكره الآخر فأشبه إذا اختلفا في قدر المبيع .

(٦) لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية ، فكان القول فيه قول من ينكر ، كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبداً والآخر جارية من غير عقد ، المهذب ٩١/١٢ .

فإن أقام البائع بينة : أنه باعه العبد، وجب تسليم الثمن إليه، ثم إن كان العبد في يد المشتري أقر في يده، وإن كان في يد البائع، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يجبر المشتري على قبضه[1] .

الثاني : أنه لا يجبر ويسلم إلى الحاكم ليحفظه[2] .

(وإن)[3] اختلفا في شرط يفسد البيع، فقد نص الشافعي على أن القول قول (من)[4] يدعي الصحة[5] .

---

(١) لأن البينة قد شهدت له بالملك .

(٢) لأن البينة شهدت له بما يدعيه ، فلم يسلم إليه .

(٣) (وإن): في ب وفي أ، حـ فإن .

(٤) (من) : في ب وساقطة في حـ وغير واضحة في أ .

(٥) فقال : بعتك بخمر أو خيار مجهول ، فقال : بعتني بنقد معلوم أو خيار ثلاث ، فالقول : قول من يدعي الصحة مع يمينه ، لأن ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد ، وإن قال : بعتك مكرهاً فأنكره ، فالقول : قول المشتري ، لأن الأصل عدم الإكراه وصحة البيع .

وإن قال : بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري ، كل ذلك قول الشافعي ، وأحمد ، والثوري ، وإسحاق ، إلا أن الشافعي يسوي بين المسلم والكافر في تعاطي الصحة .

قالوا : لأن المتبايعين اتفقا على أصل العقد واختلفا فيما يفسده ، فكان القول : قول مدعي الصحة .

ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لأنه الأصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد ، أو إكراه لوجهين .

أحدهما : أن الأصل عدمه وهنا الأصل بقاؤه .

والثاني : أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح وها هنا ما ثبت أنه كان مكلفاً . =

وإن قال : بعتك وأنا مجنون ، فإن لم يعلم له حال جنون ، فالقول : قول المشتري ، لأن الأصل عدمه ، وإن ثبت أنه كان مجنوناً ، فهو كالصبي .

قال شمس الدين الرملي : ولو ادعى أحد العاقدين صحة البيع أو غيره من العقود ، وادعى الأخر فساده لانتفاء ركن ، أو شرط على المعتمد ، كأن إدعى أحدهما رواية وأنكرها الآخر على المعتمد أيضاً ، كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافاً في فتاوى الشيخ، فالأصح تصديق مدعي الصحة بيمينه غالباً مسلماً كان أو كافراً لأن الظاهر في العقود الصحة وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه عدم الفساد في الجملة، ومن غير الغالب ما لو باع ذراعاً من أرض معلومة الذرع، ثم ادعى إرادة ذراع معين ليفسد البيع، وادعى المشتري شيوعه فيصدق البائع بيمينه أيضاً، لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته، وما لو زعم أحد مصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضاً، لأنه الغالب. وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن، أو جنون أو حجر، وعرف له ذلك، فيصدق بيمينه، كما ذكره الروياني :

ثم قال : وأما كلام الأصحاب في الجنايات والطلاق ، فليس من الإختلاف في صحة العقد وفسادة ، وفارق ما ذكرناه ما سيأتي في الضمان ، بأن ، المعاوضات يحتاط فيها غالباً ، والظاهر أنها تقع بشروطها . وفي البيان للعمراني : لو أقر بالاحتلام ، لم يقبل رجوعه عنه ، ويؤخذ من ذلك : أن من وهب في مرضه شيئاً فادعت ورثته غيبة عقله حال الهبة ، لم يقبلوا إلا إن علم له غيبة قبل الهبة ، وادعوا استمرارها إليها ، وجزم بعضهم بأنه لابد في البينة بغيبة العقل - أن تبين ما غاب به - أي لئلا تكون غيبة بما يؤخذ به كسكر تعدى به . وما لو قال المرتهن : أذنت في البيع بشرط رهن الثمن . وقال الراهن . بل مطلقاً فالمصدق المرتهن ، كما قال الزركشي وغيره ، وهو كما قال ، ولكن ليس هذا ما نحن فيه لأن الاختلاف المذكور ، لم يقع من العاقدين ولا نائبهما .

ولو صبه في ظروف المشتري ، فظهرت فيه فارة ، فادعى كل أنها من عند الآخر ، صدق البائع لدعواه الصحة ، ولأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن ، والأصل أيضاً براءة البائع كما في نظيره من السلم إذا اختلفا ، هل قبض المسلم إليه رأس المال قبل التفرق أو بعده؟

وقال أبو علي في الإفصاح : (فيه)[1] وجهان :

أحدهما : ما ذكرناه .

والثاني : أن القول (قول)[2] من يدعي الفساد .

= فلو أقاما في المسألتين ببينتين، قدمت بينه مدعي الصحة . وقول ابن ابي عصرون : إن كان مال كل بيده حلف المنكر ، وإلا فصاحبه مردود .

وقال الرملي : ولو اشترى عبداً مثلاً معيناً وقبضه ، فجاء بعبد معيب ليرده ، فقال البائع : (ليس هذا المبيع) صدق البائع بيمينه ، لأن الأصل السلامة وبقاء العقد وفي مثله في المبيع في الذمة والسلم ، بأن قبض المشتري أو المسلم المدفوع عما في الذمة ، ثم أحضر معيباً ليرده ، فقال البائع أو المسلم إليه ، ليس هذا هو المقبوض ، يصدق المشتري والمسلم بيمينه في الأصح أنه المقبوض عملاً بأصل بقاء شغل ذمة البائع والمسلم إليه إلى وجود قبض صحيح ، ويجري ذلك في الثمن ، فيحلف المشتري في المعين ، والبائع فيما في الذمة ومقابل الأصح يصدق المسلم إليه كالبيع .

ولو قبض المبيع مثلاً بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه ، فإن كان قدر ما يقع مثله في الكيل أو الوزن عادةً ، صدق بيمينه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر ، وإلا فلا ، لمخالفته الظاهر ولأنهما اتفقا على القبض والقابض يدعي الخطأ ، فعليه البينة كما لو اقتسما ، ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تلزمه البينة .

ولو باع شيئاً فظهر كونه لابنه أو موكله ، فوقع اختلاف كان قال الابن : باع أبي مالي في الصغر لنفسه متعدياً ، وقال الموكل : باع وكيلي مالي متعدياً . وقال المشتري : لم يتعد الولي ولا الوكيل ، صدق المشتري بيمينه ، لأن كلاً من الأب والوكيل أمين ولا يتهم إلا بحجة . أ هـ كلام الرملي / المجموع ١٢ : ٩٤ ـ ٩٦ .

(١) (فيه) : في أ ، ب وفي حـ ففيه .

(٢) (قول) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

قال القاضي أبو الطيب رحمه الله: وقد نص الشافعي رحمه الله على ما يدل على هذين الوجهين فيه.

إذا اختلفا في الكفالة بشرط الخيار، فإنه نص على قولين [1].

(وإن)[2] اختلفا في الصرف بعد التفرق، فادعى أحدهما: أنهما تفرقا قبل التقابض، وادعى الآخر أنهما تفرقا بعد التقابض، ففيه وجهان :

(أحدهما: القول قول من يدعي الصحه)[3]

والثاني : أن القول قول من يدعي الفساد[4].

وإن اشترى عينين، ووجد بأحدهما عيباً، وتلفت الأخرى، فرد المعيب على أحد القولين واختلفا في قيمة التالف (ليرجع لصحة)[5] المردود، ففيه قولان :

أصحهما : أن القول قول البائع[6].

---

(١) أحدهما : أن القول : قول من يدعي الصحة ، لأن الأصل عدم ما يفسد .
والثاني : أن القول : قول من يدعي الفساد لأن الأصل عدم العقد ، فكان القول : قول من يدعي ذلك ./ المهذب ١٢ : ٩٢ .

(٢) (وإن): في ب، وفي أ فإن .

(٣) (أحدهما القول قول من يدعي الصحة) : سقطة من ب وموجودة في أ لأن الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد .

(٤) لأن الأصل عدم اللزوم ،ومنع المشتري من التصرف .

(٥) (ليرجع بصحة) : مكروه في أ .

(٦) لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذي يقربـه كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن ، فإن القول قول المشتري ، لأنه ملك الشخص فلا يزال إلا بما يقربه .

والثاني : أن القول قول المشتري[1] .

(وإن)[2] باعه عشرة اقفزة من صبرة، وسلمها إليه بالكيل، وإدعى المشتري أنها دون حقه، ففيه قولان :

أحدهما : أن القول قول المشتري[3] .

والثاني : أن القول قول البائع[4] .

فإن باعه عيناً بثمن في الذمة، ثم اختلفا في (التسليم والتسلم)[5] (فقال البائع)[6] لا أسلم (المبيع)[7] حتى اتسلم الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أتسلم المبيع ففيه طريقان :

من أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال .

أحدهما : إنه يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشتري على إحضار الثمن، ويسلم إلى كل واحد منهما حقه دفعة واحدة[8] .

---

(١) لأنه كالغارم ، فكان القول قوله .

(٢) (وإن) : في أ ، ب وفي حـ فإن .

(٣) لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه .

(٤) لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه ، فجعل القول : قول البائع .

(٥) (والتسلم) : في ب ، حـ وفي أ والسلم .

(٦) (فقال البائع) : في حـ وفي أ ، ب فقال : والبائع ساقطة .

(٧) (المبيع) : في ب ، حـ وفي أ البيع .

(٨) لأن التسليم واجب على كل واحد منهما ، فإذا امتنعا ، أجبرا كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم ، وللآخر عليه دنانير .

والثاني : أنه لا يجبر واحد منهما على التسلم، بل من (يتبرع)[1] منهما بتسليم ما عليه، أجبر الآخر[2] .

والثالث هو أصحهما: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن[3].

وحكى في الحاوي قولاً رابعاً : أن الحاكم ينصب أميناً عدلاً لهما، ويأمر كل واحد منهما بتسليم ما عليه إليه، فإذا صار الكل عنده، سلم إلى كل واحد منهما ماله، وحكي هذا القول عن سعيد (ابن)[4] سالم القداح[5] وأبو إسحاق المروزي: لم يجعل هذا قولاً منفرداً عن القول الأول .

وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً[6] .

---

(١) (يتبرع) : في أ ، حـ ، وفي ب تبرع .

(٢) لأن على كل واحد منهما حقاً في مقابلة حق له ، فإذا تحالفاً ، لم يجبر واحد منهما ، كما لو نكل المدعى عليه ، فردت اليمين على المدعي فنكل ./ المهذب ١٢ : ٩٧ .

(٣) لأن حق المشتري متعلق بعين ، وحق البائع في الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع ./ المهذب ١٢ : ٩٧ .

(٤) (بن) : في أ ، ب وفي حـ ابن .

(٥) سعيد بن سالم القداح : ـ أبو عثمان المكي ، أصله من خراسان أو الكوفة . صدوق لخاتمة الحافظ أحمد بن علي حجر العسقلاني ١ : ٢٩٦ .

(٦) ومن باع سلعة بثمن ، قيل للمشتري ، ادفع الثمن أولاً ، لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض ، لأنه قبل القبض لم يتعين

ومن أصحابنا من قال : المسألة على قول واحد وهو : أن يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً[1] .

= ولو عين دراهم اشترى بها لما عرف أنها لا تتعين بالتعيين في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا .

ولو كان المبيع دائباً لا يلزم المشتري دفع الثمن، وللبائع حبس جميع المبيع، ولو بقي من ثمنه درهم واحد ، ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ، ولو أخذ بالثمن كفيلاً ، أو رهن المشتري به رهناً ، أما لو أحال البائع به عليه وقبل ، سقط حق الحبس .

وكذا اذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف . وعن محمد فيه روايتان : في رواية كقول أبي يوسف ، وفي رواية اذا أحال البائع به رجلاً سقط . وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط .

وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه ، فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه ، بأن كان حيواناً فقتل نفسه ، أو بأمر سماوي بطل البيع ، فإن كان قبض الثمن أعاده إلى المشتري ، وإن كان بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً ، أو بشرط الخيار للمشتري ، وإن كان الخيار للبائع ، أو كان البيع فاسداً ، لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته أن كان قيمياً ، وإن هلك بفعل أجنبي ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع ، ويضمن له الجاني في المثلي المثل وإلا فالقيمة ، فإن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطلب له ، وإن كان من خلافه طاب ، وإن شاء إختار البيع ، وأتبع الجاني في الضمان فإن له ذلك وعليه الثمن للبائع فإن كان في الضمان فضل ، فعلى ذلك التفصيل / الهداية والبابرتي وفتح القدير ٦ : ٢٩٦ .

(١) وامتنع أكثر الأصحاب من جعلهما قولاً واحداً لما يأتي :

أولاً :لأن حق المشتري متعلق بعين وحق البائع في الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع . =

فعلى هذا: يحجر على المشتري بعد تسليمه للمبيع في المبيع، وفي جميع ماله حتى يدفع الثمن[1]. فإن كان له مال على مسافة لا

= ثانياً: إن الدفع والتسليم في القول الأول إلى الحاكم وكان بحكمه، وها هنا الحكم منه في ذمة الأمين والأمر بالتسليم منه.

ومن هنا قول الشيرازي: من الأصحاب من قال فيه ثلاثة أقوال: يذكرنا بقول الماوردي فيه أربعة أقوال ذلك القول الرابع: هو تعيين الأمين العدل، وهذا القول وإن كان قولاً رابعاً عندنا فإنه ظاهر مذهب الحنابلة، فيما إذا كان عرضاً بعرض أو عيناً بعين:

قال ابن قدامة: وإن اختلفا في التسليم، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن.

وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، والثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن، فإن كان عيناً أو عرضاً بعرض، جعل بينهما عدل، فيقبضن منهما، ثم يسلم إليهما، وهذا قول الثوري، وأحد قولي الشافعي.

وعن أحمد: ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق، وهو قول ثان للشافعي.

وقال أبو حنيفة ومالك: يجبر المشتري على تسليم الثمن، لأن البائع حبس المبيع على تسليم الثمن، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن.

ولنا: أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه، وتعلق حق البائع بالذمة، وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده، ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة، ويخالف الرهن، فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن، والتسليم هاهنا يتعلق به مصلحة عقد البيع، وأما إذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا، وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه: المغني لابن قدامة ٤: ٢١٨ - ٢١٩.

(١) لأنه إذا لم تحجر عليه، لم نأمن أن يتصرف فيه، فيضر بالبائع.

تقصر فيها الصلاة فهل للبائع أن يرجع في عين ماله؟ فيه وجهان (١):

أحدهما : أن له أن يفسخ ويرجع في عين ماله، كما لو كان على مسافة (تقصر) (٢) فيها الصلاة(٣)، وإن كان المشتري معسراً ففيه وجهان :

أحدهما: وهو المنصوص: أنه يرجع في عين ماله، كما لو كان مفلساً (٤).

والثاني: أنه يباع المبيع، ويقضي (حقه) (٥) من الثمن، وإن كان الثمن (معيناً) (٦) ففيه قولان :

أحدهما : يجبران .

والثاني : لا يجبران (٧).

---

(١) وإن كان مالة غائباً منه على مسافة يقصر فيها الصلاة ، فللبائع أن يفسخ البيع ، ويرجع إلى عين ماله ، لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع إلى عين مالة ، كما لو أفلس المشتري .

(٢) (تقصر): في أ ، ب وفي حـ يقصر .

(٣) له أن يختار عين ماله ، لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب ، كما يخاف عليه فيما بعد .

والثاني : ليس له أن يختار عين ماله ، لأنه في حكم الحاضر .

(٤) لأنه تعذر الثمن بالإعسار ، فثبت الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس بالثمن .

(٥) (حقه) : في ب ،حـ وفي أ حلقة وهذا تصحيف من النساخ .

(٦) (معيناً) : في أ ،حـ وفي ب معيباً.

(٧) لا يجبر واحد منهما ويسقط القول الثالث : إنه يجبر البائع ، لأن الثمن كالمبيع في تعلق الحق بالعين ، والمنع من التصرف فيه قبل القبض / المهذب للشيرازي ١٢ : ٩٧ .

فإن أعار البائع المشتري المبيع لم يسقط حقه من الحبس في أصح الوجهين .

(وإن)[1] باع من رجل عيناً، فأحضر المشتري نصف الثمن، فهل يجب عليه تسليم نصف المبيع؟ فيه وجهان :

أحدهما: أنه لا يجبر على تسليم شيء من المبيع[2] .

والثاني : أنه يجبر على تسليم نصفه[3] .

---

(١) (وإن): في أ ، حـ وفي ب فإن .

(٢) لأنه محبوس بدين ، فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن .

(٣) لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر ، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن فإذا سلم بعض الثمن ، وجب تسليم ما في مقابلته ، ويخالف الرهن في الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين ، وإنما هو وثيقة به ، فجاز له حبسه إلى أن يستوفي جميع الدين .

وإن باع من اثنين عبداً بثمن ، فأحضر أحدهما نصف الثمن ، وجب تسليم حصته إليه لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن ، فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع ، كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها . والله أعلم / المهذب للشيرازي ١٢ : ١٠٠ .

فصل

إذا تلف المبيع قبل القبض بآفة سماوية، انفسخ البيع، وبه قال أبو حنيفة [1].

وقال مالك ، وأحمد: إذا لم يكن المبيع مكيلاً، ولا موزوناً، ولا معدوداً، فهو من ضمان المشترى [2].

---

(١) إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم، لم يخل: أما أن يكون ثمرة، أو غيرها فإن كان غير الثمرة نظرت: - فإن كان تلفه بآفة سماوية - انفسخ المبيع، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد ، فانفسخ البيع ، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض .
فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بآكله ، فالمبتاع بالخيار ، بين أن يرد ، وبين أن يمسك ، فإن اختار الرد ، رجع بجميع الثمن ، وإن اختار الإمساك ، أمسك بجميع الثمن ، لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء ، فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن . / المهذب للشيرازي ١٢ : ١٠١ .

(٢) لقول النبي ﷺ : (الخراج بالضمان) سنن ابن ماجه ٢ : ٧٥٤ وهذا المبيع نماؤه للمشتري ، فضمانه عليه ، وقول ابن عمر : (مضت السنة إن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً ، فهو من مال المبتاع) ولأنه لا يتعلق به حق توفية . وهو =

(قال مالك)[1]: إذا طالب المشتري البائع بالتسليم، فلم يسلم إليه ضمنه بالقيمة وإن أتلفه أجنبي، ففيه قولان :

أصحهما : أن البيع ينفسخ[2] .

والثاني : أنه لا ينفسخ، وهو قول أبي حنيفة، وأحمد، ويضمنه بالقيمة للمشتري .

وحكى عن أبي العباس بن سريج أنه قال/ لا ينفسخ قولاً واحداً .

وإن أتلفه البائع[3]، فالمذهب أن البيع ينفسخ قولاً واحداً[4]، وبه قال أبو حنيفة.

وحكى أبو العباس بن سريج: فيه قولين كالأجنبي :

وقال أحمد: لا ينفسخ، ويجب على البائع قيمته[5]، (وإن كان

= من ضمانه قبل قبضه ، فكان من ضمانه قبله كالميراث ، وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه . دليل على مخالفة غيره له / المغني لابن قدامه ٤ : ١٢٣ - ١٢٥ .

(١) (وقال مالك): في أ ، ب وفي حـ وقالا .

(٢) لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو تلف بآفة سماوية .

(٣) وإن أتلفه أجنبي ، لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ، ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن . لأن التلف حصل في يد البائع ، فهو كحدوث العيب في يده ، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثلياً ، ولا أعلم فيه مخالفاً : المغني لابن قدامه ٤ : ١٢٣ .

(٤) لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة ، لأن المبيع مضمون عليه بالثمن ، فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي / المهذب ١٢ : ١٠١ .

(٥) إن أتلفه البائع فقال أصحاب أحمد : الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي ، أي لم =

مكيلاً فمثله)[1] .

وإن كان المبيع عصيراً (فتخمر)[2] في يد البائع .

فقد حكى القاضي حسين: في بطلان البيع قولين .

وذكر أن أبا يعقوب خرج عليه : أباق العبد أن البيع ينفسخ به (وتنفيذ)[3] البيع (في الخمر)[4] لا وجه له، وكذا فسخ البيع بالإباق.

وإن كان المبيع ثمرة على شجرة، فتلفت بعد التخلية[5]، ففيه قولان :

أصحهما : أنها (تتلف)[6] من ضمان المشتري، وهو قول أبي حنيفة[7] .

= يبطل العقد على قياس قول أحمد في الجائحة ، ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ ، والرجوع بالثمن . وإتلاف الأجنبي يقتضي الضمان بالمثل . وحكم العقد فيقتضي الضمان بالثمن ، فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء / المغني لابن قدامة ٤ : ١٢٣ .

(١) (وإن كان مكيلاً فمثله) : في أ ،حـ وساقطه من ب .

(٢) (فتخمر) :في ب ، حـ وفي أ الخمر .

(٣) (وتنفيذ) : في أ ،حـ وفي ب وتبقية .

(٤) (في الخمر) : في أ ،حـ وساقطة من ب .

(٥) إن كان المبيع ثمرة ، فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة ، وإن كانت على الشجر ، نظرت :
فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض .

(٦) (تتلف) : في ب ، حـ وفي أ سلف .

(٧) لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف ، فدخل في ضمانه كالنقل فيما ينقل . =

وقال مالك : إن كان التالف أقل من الثلث، كان من ضمان المشتري، وإن كان الثلث (فما)(١) زاد، كان من ضمان البائع(٢) .

وقال أحمد: أن تلف بأمر سماوي، كان من ضمان البائع، وإن كان بنهب (أو)(٣) سرقة، كان من ضمان المشتري(٤):

= والقول الثاني : أنها تتلف من ضمان البائع ، لما روى جابر رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قال :

إن بعت من أخيك تمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بل تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ وروى جابر أيضاً : أن النبي ﷺ : «أمر بوضع الجوائح» مختصر سنن أبي داود ٥ : ١٢٠ .

فإن قلنا بهذا فاختلفا في الهالك . فقال البائع : الثلث ، وقال المشتري النصف ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل عدم الهلاك ،/ المهذب للشيرازي ١٢ : ١٠٢ .

(١) (فما) : في ب ، حـ وفي أ فيما .

(٢) ابن القاسم : يعتبر ثلث التمر وبالكيل ، وأشهب : يعتبر الثلث في القيمة .

فإذا ذهب من التمر ما قيمته الثلث من الكيل عند أشهب ، وضع الثلث من الثمن ، وسواء كان ثلثاً في الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم ، فإنه إذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل ، فإن كان نوعاً واحداً ليس تختلف قيمة بطونه ، حط عنه من الثمن الثلث ./ بداية المجتهد .

(٣) (أو) : في حـ وفي أ ، ب لو .

(٤) أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع ، وبهذا قال أكثر أهل المدينة ، لما روى مسلم في صحيحه عن جابر : أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح ، وعنه قال : قال رسول الله ﷺ : إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ رواه مسلم وأبو داود ، ولفظه : (من باع ثمراً فأصابته جائحة ، فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً ، علام يأخذ أحدكم من مال أخيه المسلم) وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه . مختصر سنن أبي داود ٥ : ١٢٠ =

فـإذا قلنا: بقـوله القـديم، (فتلفت)[1] قبل أوان الجـداد ففيه قولان :

أحدهما : من ضمان البائع .

(والثاني : كان)[2] من ضمان البائع على أي وجه تلفت وإن كان بعد أوان الجداد ففيه قولان :

أحدهما : (من)[3] ضمان المشتري .

والثاني : أنه من ضمان البائع[4] .

وإن تلفت في وقت الجذاذ، كانت من ضمـان المشتري قـولاً واحداً[5] .

= والحديث ثابت رواه الائمة ، منهم الإمام أحمد ويحي بن معين ، وعلي ابن حرب وغيرهم عن ابن عيينه عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر . ورواه مسلم في صحيحة وأبو داود في سننه وابن ماجه وغيرهم .

أما إذا كانت من آدمي فقد قال القاضي : المشتري بالخيار بين فسخ العقد ، ومطالبة البائع بالثمن ، وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة ، لأنه أمكن الرجوع لبدله بخلاف التالف بالجائحة / المغني لابن قدامه ٤ : ١١٨ - ١١٩ .

(١) (فتلفت) : في ب ، حـ وفي أ فتلف .

(٢) (والثاني: كان): في حـ وساقطة من أ، ب.

(٣) (من) : في حـ وفي أ ، ب أنه .

(٤) (والثاني : كان من ضمان .... البائع) : ساقطة من ب وموجودة في أ ،حـ .

(٥) إذا بلغت الثمار وقت الجداد فلم ينقل حتى هلكت ، كان هلاكها من ضمان المشتري ، لأنه وجب عليه النقل ، فلم يلزم البائع ضمانها .

ذكر في الحاوي: أنه إذا باعه ثمره قبل بدو الصلاح بشرط القطع، فأصابتها جائحة بعد التخلية وقبل القطع .

فمن أصحابنا من قال : فيه قولان .

ومنهم من قال: قولاً واحداً لا يوضع .

قال القاضي الماوردي : ولعل الصحيح أن يقال إن لم يتمكن من القطع (فقولان)[1]، وإن (تمكن)[2] من القطع فلم ينقلها، فقولاً واحداً من ضمانه لا يوضح عنه (قال الشيخ الإمام)[3] وهذا عندي فيه نظر، لأن القبض (لا يحصل)[4] في هذه الثمرة بالتخلية، وإنما يحصل بالقطع فحكمه حكم سائر المبيعات فلا يجيء فيه وضع الجوائح .

فإن سَرقت الثمرة أو غصبت، لم (توضع)[5] عن المشتري قولاً واحداً .

ومن أصحابنا من قال : إنها (على)[6] القولين في وضع (الجوائح)[7].

---

(١) (فقولان) : في ب حـ وفي أ قولان .

(٢) (تمكن) : في ب ،حـ وفي أ مكن .

(٣) (قال الشيخ الإمام) :في حـ وساقطة من أ ، ب .

(٤) (لا يحصل) : في ب ،حـ وغير واضحة في أ .

(٥) (توضع): في حـ وفي آ ، ب يوضع .

(٦) (على : غير واضحة في أ وموجوده في ب ،حـ

(٧) (الجوائح) : في ب ،حـ وفي أ الجوائج .

وكان القفال : يبني ذلك على أنه (إلى)[1] حتى توضع (الجوائح)[2] .

ـ فإن قلنا : إلى الجداد، وضع (المسروق والمغصوب)[3] بكل حال.

ـ وإن قلنا: إلى أوان الجذاذ، لم يوضع المسروق.

فإن أصاب الثمرة عطش .

فقد قال أبو علي الطبري: (يثبت)[4] للمشتري الخيار على قوله القديم وعلى قوله الجديد، لا خيار له.

وقال أبو إسحاق: يثبت للمشتري الخيار بالعطش على القولين جميعاً .

روى عن النبي ﷺ (أنه نهى)[5] عن المحاقلة والمزاينة[6] فالمحاقلة: بيع الحنطة في سنبلها بحنطة .

---

(١) (إلى) : في ب وساقطة من أ ،حـ .

(٢) (الجوائح) : في ب ،حـ وفي أ الحوائج .

(٣) (المسروق والمغصوب) : في أ ، حـ وفي ب المغصوب والمسروق .

(٤) (يثبت) : في حـ وغير واضحة في آ ، ب .

(٥) (أنه نهى) : في ب ، حـ وفي آ النهي .

(٦) ولا يجوز بيع المحاقله لما يأتي :

أ ـ المعقول : ولا يجوز بيع المحاقلة لعلتين :

الأولى : مخافة الوقوع في الربا للجهل بالمحاقلة فيهما لأن الحنطة في سنبلها مجهولة القدر ، فلا يجوز بيعها فرضاً ، لأن فيه شبهة ، الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم ، وصار كمن باع صنفين ربويين موضوعين =

على الأرض أحدهما بالآخر / الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ والمنهج بهمش البجيرمي ٣ : ٣١٠ ، وشرح النيل ٤ : ٣٢ ، والعناية على الهداية بهامش فتح القدير ١٩٥/٥ ، ومفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٣٨٦ ، والمنتقى للباجي : ٢٤٦ ، وكشاف القناع ٣ : ٢٥٨ ، والمجموع ٣٣٩/٩ ، والمنتهى ٣ : ١٦٤ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر والمنتقى في شرح الملتقى ٢ : ٥٧ .

الثانية : فقد مشاهدة ما في سنبله ، ويلحق بهذا البيع سائر الزروع ، فلا يباع الجنس منها قائماً في زرعه بما قد صفي من جنسه ، إلا أن الزرع إذا كان مستوراً في كمام كالأرز ، لم يجز كالحنطة ، وإن كان بارزاً بلا كمام كالشعير لم يجز لعلة واحدة ، وهو خوف الربا ، وعلى هذا التقرير يجوز بيعه بالدراهم لبقاء إحدى العلتين والله أعلم / الحاوي للماوردي ٣٠٧/٥ والمجموع شرح المهذب ٩ : ٣٣٩ .

ب ـ النص : ـ ولا يجوز بيع المحاقله أيضاً للاحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ وفيما يلي هذه الأحداديث . .

١ ـ عن أنس قال: (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة/ نيل الأوطار، للشوكاني ١٥٩/٥ وسبل السلام ٣ : ٢٠ .

٢ ـ وعن جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقله والمزابنة ، والمعاومة، والمخابره ، وفي لفظ بدل المعاومه وعن بيع السنين / نيل الأوطار ٥/ ١٨٦ ، وسبل السلام ٣ : ٢٠ وفي رواية أخرى له : (أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة ، والمخابرة ، وعن الثنيا إلا أن تعلم) .

رواه الخمسة إلا ابن ماجه وصححه الترمذي .

وفي رواية له : (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة ، والمخابرة، وعن بيع التمر فما يبدو صلاحه ولايباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا ./ صحيح مسلم بشرح النووي ـ ١٠ : ١٩٣ .

....

=

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ : نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنـة، وعن بيع الثمرة حتى تطعم ، ولا تباع إلا ، بالدراهم والدنانير إلا العرايا/ صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٩٤ .

قال عطاء : فسر لنا جابر قال : أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من التمر ، وزعم أن المزانبة بيع الرطب في النخل بالثمر كيلاً والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحب كيلاً/ صحيح مسلم بشرح النووي ١٠: ١٩٤.

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزاينه ، والمخابرة ، وأن تشتري النخل حتى تشقه ، (والاشقاه أن يحمر ، أو يصفر ، أو يؤكل منه شيء) والمحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم ، والمـزابنة / : أن يبـاع النخل بـأوساق من التمـر والمخابـرة بالثلث ، والربع وأشباه ذلك . قال زيد : قلت لعطاء بن أبي ربـاح : أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ ، قال : نعم : صحيح مسلم ١٠ : ١٩٤- ١٩٥ .

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ : نهى عن المحاقلة والمزابنة ، والمخابرة، وعن بيع الثمرة حتى تشقح، قال : قلت لسعيد: ما تشقح؟ قال تحمار وتصفار ويؤكل منها) مسلم ١٠: ١٩٥.

وفي رواية له : (نهى رسـول الله ﷺ عن المحاقلة ، والمـزابنة والمعاومـه ، والمخابرة ، (قال أحدهما : بيع السنين هي المعاومة) وعن الثنيا ورخص في العرايا / مسلم ١٠ : ١٩٥ .

وعن زيد بن أبي أنيسة عن عطاء عن جابر (أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة ، والمزابنة ، والمخابرة وأن يشترى النخل حتى يشقه ، والاشقاه أن يحمر أو يصفر ، أو يؤكل منه شيء) . مسـلم ١٠ : ١٩٤ .

والمحاقلة : أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم . والمزابنة : أن يباع النخل بأوساق من الثمر ، والمخابرة : الثلث ، والربع وأشباه ذلك . قال زيد : قلت لعطاء : أسمعت جابراً يذكر هذا عن رسول الله ﷺ ؟ =

....

=

قال: نعم متفق على جميع ذلك إلا الأخير، فإنه ليس لأحمد/نيل الأوطار ١٨٦/٥ .

٣ ـ عن سعيد بن المسيب : (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة سنن ابن ماجة ٢ : ٧٦٢، والمزابنة أن يباع تمر النخل بالتمر.

والمحاقلة : أن يباع الزرع بالقمح واستكراء الأرض بالقمح .

قال : وأخبرني سالم بن عبد الله عن رسول اللهﷺ أنه قال : (لا تبتاعوا التمر حتى يبدو صلاحه ولا تبتاعوا التمر بالتمر ، وقال سالم أخبرني عبد الله عن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ، ولم يرخص في غير ذلك فتح الباري ٥/ : ٣٠٤ ، ٢٩١ .

٤ ـ عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة / صحيح مسلم ١٠ : ٢٠١ .

٥ ـ عن داود بن الحصين : أن أبا سفيان مولى ابن أبي أحمد . أخبره أنه سمع أبا سعيد الخدري يقول : (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة : شراء التمر في رؤوس النخل والمحاقلة كراء الأرض / مسلم ١٠ : ٢٠٨ .

٦ ـ عن ابن عباس : أن النبي ﷺ قال : لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه ، خير له من أن يأخذ عليها كذا وكذا . بشيء معلوم (قال : وقال ابن عباس : هو الحقل وهو بلسان الأنصار المحاقلة) مسلم : ١٠ : ٢٠٨ .

ما يستفاد من هذه الأحاديث . .

هذه الأحاديث بجملتها : تفيد بطلان بيع المحاقلة سواء كانت بيع الزرع بالقمح ، أو الحقل بكيل من الطعام ، وأن المبيع إنما هو الزرع ، والثمن تارةً يكون الحب ، وتارةً الطعام وتارةً الحنطة من غير تقييد بكيل كما رأيت في تفسير المحاقلة .

والمـزابنة[1]: بيـع (التمر)[2] على رؤوس النخـل بالتمـر على الأرض كيلا (فيما)[3] زاء على خمسة أوسق .

وحكى عن مـالك أنـه قال : المحـاقلة : اكتراء الأرض للزرع بالحب[4]، والمزابنة أن يقول الرجل لصاحبه في صبرة مشاهدة، ضمنت لك صبرتك هذه بمـائة قفيـر، (فتكال الآن)[5]، فـإن نقصت فعلي التمام، وإن زادت فالفضل لي فيقول المالك: رضيت[6] .

---

(١) المزابنة : مأخوذة من الزبن وسكون الباء ، وهي الدفع ، ومنه الحرب الزبون التي تدفع أبطالها إلى الموت ، يقال : زبنت الناقة برجلها ، إذا دفعت ، ومنها الزبانية ، لأنهم يدفعون إلى النار .

والزبن : هو الدفع لكثرة الغبن فيها لأن كلًا من المتبايعين يدفع صاحبه عن حقه أو لأن أحدهما إذا وقف على غبن ، أراد دفع البيع بفسخه ، وأراد الأخر دفعه عن هذه الإرادة بامضائه فيتدافعان / مغني المحتـاج ٥ : ٩٣ ، وشرح النيل ٤ : ٣١ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٤ ، والحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ ، وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ ، والخرشي ٥ : ٢٠ ، وغـاية المنتهى ٣ : ١٦٤ ، وميارة ١ : ٢٩٧ ، والفواكه الدواني ٢ : ١٤٠ .

(٢) (التمر) : في أ ،حـ وفي ب التمرة.

(٣) (فيما) : ف أ ،حـ وفي ب فما .

(٤) أنظر المنتقى للباجي ٤ : ٢٤٥ .

(٥) (فتكال الآن) : في ب وفي أ ، حـ فيكال الآن .

(٦)الموطأللإمام مالك مع تنوير الحوالك ٢ : ١٣٠ .

حكم بيع المزابنة :

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز بيع المزابنة في كل التعاريف السابقة سواء كان بيع التمر على رؤوس النحل بمائة فرق من التمر أو بيع الرطب على نخلة بتمر على الأرض ، أو كان بيع العنب في الكرم بالزبيب ، ولا خلاف أيضاً في تحريم بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صاحبه / مسلم ١٠ : ١٨٨ .

....

=

واختلفوا في بيع الرطب بمثله من اليابس .

قال أبو حنيفة : إن كان مقطوعا ، جاز بيعه بمثله من اليابس .

وقال الجمهور : لا خلاف عندهم سواء كان الرطب والعنب على الشجر أو مقطوعاً /الأم : ٣ : ٦٣ ، وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ ،والمغنى ٤ : ١٣ ، والمنتهى ٣ : ١٦٤ ، وبدائع الصنائع ٥/ ١٩٤ ، وفتح القدير والهداية والعناية ٥ : ١٩٤ .

وذلك لما ورد من الأحاديث في النهي عن المزابنة ، وقد ذكرنا قسماً منها في بيع المحاقلة ، ونذكر الآن القسم الباقي الخاص بالمزابنة فقط .

١ ـ عن بشير بن يسار عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ من أهل دارهم ، منهم سهل بن أبي حثمه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر وقال : ذلك الربا ، تلك المزابنة ، إلا أنه رخص في بيع العربة النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً / مسلم ١٠ : ١٨٥ .

٢ ـ عن الوليد بن كثير ، حدثني بشير بن يسار مولى بني حارثة أن رافع بن خديج ، وسهل بن أبي حثمة حدثاه ، أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة ، التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا ، فإنه قد أذن لهم / مسلم ١٠ : ١٨٧ .

٣ ـ وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة ، والمزابنة :بيع التمر بالتمر كيلا ، وبيع الكرم بالزبيب كيلا مسلم ١٠ : ١٨٧ .

وفي رواية أخرى له قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ، والمزابنة بيغ تمر النخل بالتمر كيلاً وبيع الزبيب بالعنب كيلاً ، وعن كل تمر بخرصه / مسلم ١٠ : ١٨٨ .

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة / والمزابنة أن يباع ما في رؤوس النخل بتمر بكيل مسمى ، إن زاد فلي وإن نقص فعلي / مسلم ١٠ : ١٨٩ .

وفي رواية أيضاً : (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة أن يبيع تمر حائطه إن كانت نخلاً بتمر كيلاً ، وإن كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلاً ، =

(وصفة)[1] بيع التلجئة: أن يتفقا على أنهما (يظهران)[2] العقد خوفاً كأنه (يلجئه)[3] وليس ببيع، ثم (يتبايعان)[4] بعد ذلك، فإن البيع يصح، وما تقدم من الاتفاق لا يؤثر فيه، ورواه يعلى عن ابن حنيفة.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أنه لا يصح البيع إلّا أن يتفقا على أن الثمن ألف درهم بمائة دينار، فيكون الثمن مائة دينار استحساناً، وإليه ذهب أبو يوسف ومحمد نور الله ضريحيهما .

= وإن كان زرعاً إن يبيعة بكيل طعام أنهى عن ذلك كله وفي رواية قتيبة أو كان زرعاً / مسلم ١٠ : ١٨٩ .

٤ ـ عن نافع إن عبد الله أخبره أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة بيع تمر النخل بالتمر كيلاً وبيع العنب بالزبيب كيلاً ، وبيع الزرع بالحنطة كيلاً / مسلم ١٠ : ١٨٨ ، وسنن أبي داود ٢ : ٢٢٥ .

أدلة الجمهور : ـ

١ . بما روي عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً .

٢ . بما روي عن سعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال أ ينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك : رواه مالك ، وأبو داود والأترم . وابن ماجه ولفظ رواية الأثرم: (فلا إذن) . / مختصر سنن أبي داود ٥ : ٣٨ .

٣ . بما روي عن ابن عمر : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيغ الرطب بـالتمر كيـلاً ، وبيع العنب بـالزبيب كيلًا) / رواه البخاري ومسلم : أنظر اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٣٩ .

(١) (وصفة) : في أ وفي ب ، حـ صفة .

(٢) (يظهران) : في ب /حـ ، وفي أ يظهرا .

(٣) (يلجئه) : في أ ، ج ، وفي ب تلجئه .

(٤) (يتبايعان) : في أ ، حـ وفي ب يتبايعا .

بـــاب

السلم[1]

يصح السلم من الأعمى[2]. نص عليه الشافعي رحمه الله :

---

(١) السلم لغة : السلم والسلف بمعنى واحد ، والسلف : لغة عراقية ، والسلم لغة حجازية ، وهو في اللغة : التقـديم والتسليم : / خليج البحـار [: ٣٠٣ ، والحاوي للماوردي ٦ : ٧٤ .

ومن ناحية الاصطلاح : بيع آجل بعاجل مع شروط مخصوصه / فتح القدير ٥ : ٣٢٣ وفتح العزيز ٩ : ٢٠٧ والمبسوط للسرخسي١٢ : ١٢٤ .

وصورته قوله : أسلمت إليك ديناراً في خمسة أرطال زيت إلى ستة أشهر تسلمها في بيتي ونحوه ، فالآجل هو المبيع ، ويسمى مسلماً فيه ، وهو الزيت وبائعه يسمى مسلماً إليه . والعاجل :أي الثمن يسمى رأس المال وهو الدينار وصاحبه يسمى : رب السلم ، ويسمى بيع المفاليس .

أصل مشروعيته :

والسلم : عقد شرع على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم ، إلا أنا تركنا القياس فيه بالكتاب والسنة ، وإجماع الأمة .

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ سورة البقرة الآية: ٢٨٢. =

وروى الشافعي عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن الله فيه ثم قرأ هذه الآية / المبسوط ١٢ : ١٢٤ وفتح القدير ٥ : ٣٢٤ ، والحاوي ٦ : ٧٤ ، والتلخيص الحبير لأبن حجر ٩ : ٢٦ ، والمهذب للشيرازي ١ : ٣٠٣ .

فدل هذا النقل : أن هذه الآية وردت في إباحة السلم ، ثم دل عليه من نفس الآية قوله: ﴿إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم، فليس عليكم جناح أن لا تكتبوها﴾ وهذا في البيع الناجز، فدل أن ما قبله في غير الموصوف غير الناجز.

أما السنة: ففيما يأتي :

١ - عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : من أسلم فليسلم في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم / أخرجه البخاري ومسلم / والنسائي : فتح الباري : ٥ : ٣٣٥ والنسائي ٧ : ٢٥٥ ، ومسلم ١١ : ٤٢ واللؤلؤ والمرجان ٢: ١٥٦ والبحر الرائق ٦ : ١٦٩ .

٢ - عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ من أسلف في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره / نيل الأوطار ٢٤١/٥ وأخرجه أبو داود وابن ماجه : سنن أبي داود ٢ : ١٤٧ والحاوي للماوردي ٦ : ٧٥ .

٣ - روى جامع بن شداد عن طارق المجازي قال : كنت في رفعة منزلنا قرب المدينة وكان معنا ناقة حمراء ، فخرج إلينا رجل عليه ثوبان أبيضان فقال : تبيعون الناقة ؟ قلنا : نعم ، قال : بكم فقلنا : بكذا وكذا وسقا من تمر ، فأخذ الناقة ، ولم ينقض ، فلما أخذها وتوارى بين جدران المدينة ، قال بعضنا لبعض ، أتعرفون الرجل فقال بعضنا : ما وجهه بوجه غدار ، فلما كان وقت العصر ، جاءنا رجل فقال : أن رسول الله ﷺ يأمركم أن تأكلوا حتى تشبعوا ، وأن تكتالوا حتى تستوفوا ، قال : فأكلنا حتى شبعنا واكتلنا حتى استوفينا ، وموضع الدلالة من هذا الحديث ، أنه ابتاع الناقة بثمن موصوف في الذمة ، فدل على أمرين : أحدهما جواز السلم في الأصل . والثاني : جوازه حالاً / نيل الأوطار ٥/ :٢٤١ ، وسنن أبي داود ٢ : ١٤٧ .

....

=

٤ ـ روى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال : (أرسلني أبو بردة ، وعبد الله ابن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن آبي أوفى فسألتهما عن السلف؟ فقالا : كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام ، فنسلفهم في الحنطة ، والشعير ، والزبيب ، فقلت : أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك/ فتح الباري ٥ : ٣٤١ ، والمغني لابن قدامة ٤ : ٢٠٧ .

٥ ـ عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ: (أنهم قدموا المدينة، وهم يسلفون في التمار، السنتين والثلاث فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)/ فتح الباري ٥:٣٢٤، والمغني لابن قدامة المقدسي ٤:٢٠٧، والحاوي للماوردي ٦:٧٤، والمبسوط للسرخسي ١٢/:١٢٤.

٦ ـ ما روى أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم / فتح القدير ٥:٣٢٤ وقد ورد في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ / مسلم ١١: ٤٢.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أنه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم، وهو عدم وجوده في ملكه ولكن بطريق إقامة الأجل مقام الوجود في ملكه رخصة، وذلك لأن بالوجود في ملكه يقدر على التسليم وبالأجل كذلك، فإنه يقدر على التسليم. إما بالتكسب في المدة، أو مجيء أوان الحصاد / المبسوط للسرخسي ١٢:١٢٤.

أما الإجماع: فقد انعقد في الصحابة ولم يخالف بعدهم إلا ابن المسيب، فقد حكيت عنه حكاية شاذة أنه أبطل السلم، ومنع منه، وهذا محجوج بإجماع من تقدمه ذكرنا من النصوص الدالة والمعنى الموجب، ولأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن، ولأن بالناس حاجة إليه، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون المبيع نازلاً عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم، وقدرة في =

قال المزني رحمه الله: أراد به الأعمى الذي (قد)[1] عرف الصفات قبل العمى[2] (فأما)[3]: الأكمه فلا يصح سلمه.

وقال أبو إسحاق: يصح سلم الأعمى بكل حال[4].

وينعقد بلفظ السلم، والسلف[5]، وهل ينعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ينعقد بلفظه، وإذا (انعقد)[6] بلفظ البيع، لم يكن سلما، ولم يعتبر فيه قبض العوض في المجلس[7].

= المآل عن المبيع بسهولة، فتندفع به حاجته المالية إلى قدرته المالية، فلهذه المصالح شرع السلم/ الحاوي للماوردي ٦:٧٦ والمغني لابن قدامة ٤:٢٠٧، وفتح القدير ٥:٣٢٤.

(٢) إذا عرفنا أن التنازع والاختلاف، يحتمل أن يقع بين المتبايعين مع توفر صحة الابصار فلأن يقع في السلم أولى.

(١) (قد): في أ، حـ وساقطة من ب.

(٢) ويمنع هذا الإشكال، بأن المراد بمعرفتها تصورها ولو بوجه من وجوه القصور والأعمى يتصورها، وينبغي لاشتراط صحة العقد وجود عدلين بمحل التسليم أو أكثر.
المجموع ١٢:١٠٩.

(٣) (فاما): في ب، حـ وفي أ قلنا: والأول هو الصحيح.

(٤) اتفقوا على أنه إذا صح سلمه، فإنه لا يصح قبضه، بل قد يتعين توكيله.

(٥) أركان عقد السلم: إثنان وهما: الإيجاب والقبول: واللفظ: أسلمت، وأسلفت.

(٦) (انعقد): في أ، حـ وفي ب: عقد.

(٧) بل يكون بيعاً، لأن السلم غير البيع، فلا ينعقد بلفظه، ولأن السلم لما هو =

والثاني : أنه ينعقد وهو الأصح[1] .

ويجوز السلم حالاً ومؤجلاً[2] .

وقال أبو حنيفة: لا يصح السلم الحال، وهو قول مالك، وأحمد[3].

= اخص، وعلى هذا الرأي يجوز أن يفترقا قبل القبض/ الحاوي للماوردي ٦ : ٧٥.

(١) لأنه نوع بيع، يقتضي القبض في المجلس، فانعقد بلفظ البيع كالصرف / المهذب للشيرازي ١٢ : ١٠٨.

(٢) أما جوازه مؤجلاً فللآية وهذا أمر مجمع عليه بين الفقهاء.
أما جوازه حالاً: فجمهور المذاهب على خلافه.

(٣) لأن من شروط السلم أن يكون مؤجلاً لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال (من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) (مختصر سنن أبي داود ٥ : ١١٠). فقد أوجب عليه الصلاة والسلام مراعاة الأجل في السلم، كما أوجب مراعاة القدر فيه، فيدل على كونه شرطاً فيه كالقدر، ولأن السلم حالاً يفضي إلى المنازعة، لأن السلم بيع المفاليس، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه، ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع الحاجة إلى الفسخ، وفيه إلحاق الضرر برب السلم، لأنه سلم رأس المال إلى المسلم إليه وصرفه في حاجته، فلا يصل إلى المسلم فيه، ولا إلى رأس المال، فشرط الأجل حتى لا يملك المطالبة إلا بعد حل الأجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهراً، فلا يؤدي إلى المنازعة المفضية إلى الفسخ والإضرار برب السلم، ولأنه عقد لم يشرع إلا رخصة لكونه بيع ما ليس عند الإنسان، لما روى أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، فهذا الحديث يدل على أن بيع ما ليس عند الإنسان، لم يشرع إلا رخصة، وأن السلم، بيع ما ليس عند الإنسان أيضاً على ما ذكرنا من قبل. / بدائع الصنائع للكاساني ٧ : ٣١٧٤ / سنن أبي داود ٢ : ١٣٩.

وبقولنا: قال عطاء، وأبو ثور ، واختيار، (ابن) المنذر[1] .

وقال الأوزاعي : أقل الأجل ثلاثة أيام، وهل يعتبر ذكر الحلول في الحال؟ فيه وجهان :

أصحهما : إن اطلاقه يقتضي الحلول .

ذكر في الحاوي: أن أصحابنا اختلفوا في الأصل في السلم، هل هو الحلول، والتأجيل رخصه؟ أو الأصل التأجيل، والحلول رخصة؟ على ثلاثة أوجه :

أحدهـا : أن الأصل فيه التأجيل، والحلول رخصة .

والثاني : أن الأصل الحلول، والتأجيل رخصة .

والثالث : أنهما سواء، وليس بأن يجعل أحدهما أصلاً بأولى من الأخر .

فإن أسلم حالاً (لزمه)[2] التسليم في أول (أوقات)[3] الامكان وكذا إن شرط أن يطالبه به متى شاء .

وأن شرط أن يطالبه به متى شاء، من ليل أو نهار، فقد ذكر في الحاوي منه وجهين :

أحدهما: أن السلم باطل .

والثاني : أن السلم جائز .

---

(١) (ابن): في ب وفي أ، حـ بن.

(٢) (لزمه): في حـ وفي أ، ب لزم.

(٣) (أوقات): في ب، حـ وفي أ الوقت.

ويجوز السلم (في المعدوم)[1] إذا كان عام الموجود عند المحل، وبه قال مالك، وأحمد وإسحاق[2] .

وقال أبو حنيفة ، والأوزاعي : لا يصح السلم حتى يكون جنس المسلم فيه عام الوجود من حين العقد إلى حين المحل[3] .

---

(١) (في المعدوم): في حـ وفي أ، ب المعدود.

(٢) لما روى ابن عباس رضي الله عنه قال: (قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في التمرة السنتين والثلاث فقال: أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) سنن ابن ماجه ٢:٧٦٥.

فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين والثلاث، ويجوز السلم في الموجود، لأنه إذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى، لأنه أبعد من الضرر، المهذب للشيرازي ١٢:١٢٠ والمغني لابن قدامة ٤:٣٢٥.

(٣) فإن لم يكن موجوداً عند العقد، أو عند محل الأجل، أو كان موجوداً فيهما، لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار، والفواكه، واللبن وأشباه ذلك، لا يجوز السلم. وذلك أن القدرة على التسليم ثابتة للحال، وفي وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك، فإن بقي حياً إلى وقت المحل، ثبتت القدرة، وإن هلك قبل ذلك لا تثبت، والقدرة لم تكن ثابتة، فوقع الشك في ثبوتها، فلا تثبت مع الشك ولو كان موجوداً عند العقد، ودام وجوده إلى محل الأجل، فحل الأجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدي الناس لا ينفسخ السلم بل هو حال صحيح، لأن السلم وقع صحيحاً لثبوت القدرة على التسليم، لكون المسلم فيه موجوداً وقت العقد ودام وجوده إلى محل الأجل، إلا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهراً بالوجود فكان في بقاء العقد فائدة، والعقد إذا انعقد صحيحاً. يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء، كبيع الآبق إذا أبق قبل القبض، فلأن يبقى لفائدة عود القدرة في الثاني ظاهراً أولى./ بدائع الصنائع ٧: ٣١٧١- ٣١٧٢ .

ويجوز السلم في كل مال يضبط (بالصفة)[1]، ويجوز بيعه، كالحبوب والثمار، والثياب، والعبيد، والدواب، وغير ذلك، وبه قال مالك، وأحمد[2].

وقال أبو حنيفة والثوري، والأوزاعي (لا يجوز)[3] السلم في الحيوان[4].

---

(١) (بالصفه): في ب، حـ وفي أ الصفه.

(٢) والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار، وروى عبد الله بن أبي أوفى والحديث عن (محمد بن أبي المجالد قال: (بعثني عبد الله بن شداد، وأبو بردة إلى عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما، فقالا: سلمه هل كان أصحاب النبي ﷺ في عهد الرسول ﷺ يسلفون في الحنطة؟ قال عبد الله: كنا نسلف نبيط أهل الشام في الحنطة والشعير، والزيت في كيل معلوم إلى أجل معلوم). نيل الأوطار للشوكاني ٥: ٢٤١.

وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة. وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة. / المهذب ١٢: ١٢٢ والمغني لابن قدامة ٤: ٣٠٧، ٣٠٨ وروضة الطالبين ٤: ١٨، سبق تخريجه.

وجاء في روضة الطالبين: يجوز السلم في الحيوان وهو أنواع: منها: الرقيق، فإذا أسلم فيه، وجب القرض لأمور: أحدها النوع، والثاني: اللون، والثالث: الذكورة والأنوثة، والرابع: السن، والخامس: القد، فيبين أنه طويل، أو قصير، أو ربع / روضة الطالبين ٤: ١٨ ـ ١٩.

(٣) (لا يجوز): في ب، حـ وفي أ يجوز والأول هو الصحيح.

(٤) قال الكاساني: ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلىء، والجوز، والجلود، والرؤوس، والأكارع والبطيخ، والقثاء، والرمان، والسفرجل، ونحوها من العدديات المتفاوتة، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها، وقدرها، جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة لتفاوت فاحش بين حيوان وحيوان.. وقد روى عن ابن عباس رضي الله عنهما: =

ويجـوز السلم في الأثمان ، فيسلم فيهـا غيـرهـا ، ويقبض في المجلس ولا يجوز أن يسلم الأثمان بعضها في بعض.

قـال القـاضي أبـو الـطيب: إلا أن (يكـون السلم)[1] حـالاً (فيجوز)[2] (ويتقابضا)[3] في المجلس[4] .

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز حالا أيضاً .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في الأثمان[5].

فإذا أسلم في الثمر، ذكر ستة أوصاف: النوع، واللون، والبلد، والجوده، وانه حديث أو عتيق (وصغار أو كبار)[6]:

= أن رسـول الله ﷺ نهى عن السلف في الحيوان. / بـدائع الصنـائع ٧: ٣١٦٦ - ٥٧ ، مصنف عبد الرزاق حـ٨: ٢٤ رقم الحديث ١٤١٤٨.

(١) (يكون السلم): في أ، حـ وفي ب يسلم.

(٢) (فيجوز): في حـ وساقطة من أ،ب.

(٣) (ويتقابضا): في ب، وفي أ، حـ ويتقابضان والأول هو الصحيح منصوب بأن بحذف النون.

(٤) قال النووي رحمه الله: اتفق أصحابنا/: على أنه لا يجوز إسلام الدراهم في الدنانير، ولا عكسه سلماً مؤجلاً، وفي الحـال وجهان محكيـان في (البيان) وغيره، الأصح المنصوص في (الام) في مواضع: انه لا يصح. والثاني: يصح بشرط قبضهما في المجلس، قاله القاضي أبو الطيب والله أعلم: روضة الطالبين للإمام النووي رحمه الله ٤: ٢٧.

(٥) قال الكمال بن الهام: أما الدراهم والدنانير، فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير، فالاتفاق أنه باطل، لأن المسلم فيه، لا بد أن يكون مثمناً، والنقود أثمان فلا تكون مسلماً فيها / فتح القدير ٧: ٧٢.

(٦) (وصغار أو كبار): في ب وفي أ وصغاراً وكباراً وفي حـ وصغار وكبار.

ومن أصحابنا من قال: يحتاج أيضاً أن يذكر أنه عتيق عام أو عامين وهو قول البصريين [١].

وقال أصحاب أبي حنيفة: يكفي فيه ذكر الجنس، والنوع والجودة [٢].

ويذكر في السلم في الرقيق (ستة) [٣] أوصاف: النوع تركي أو رومي، واللون والسن والقد: خماسي أو سداسي، يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار (والذكورية) [٤] (والأنوثية) [٥]، والجودة.

---

(١) قال النووي رحمه الله: يذكر في التمر النوع، فيقول: معقلي، أو برني، والبلد فيقول: بغدادي، واللون، وصغر الحبات، وكبرها، وكونه جديداً، أو عتيقاً، والحنطة وسائر الحبوب، كالتمر، وفي الرطب، يذكر جميع ذلك، إلا الجديد والعتيق، قال في الوسيط: يجب ذكر ذلك في الرطب دون الحنطة والحبوب،وهو خلاف ما عليه الأصحاب. وفي العسل، يذكر أنه جبلي، أو بلدي، صيفي أو خريفي، أو أصفر، أو أبيض، ولا يشترط ذكر الجديد والعتيق ويقبل مارق بسبب الحر، ولا يقبل مارق رقه عيب: / روضة الطالبين ٤: ٢٣.

(٢) قال الكاساني: الذي يرجع إلى المسلم فأنواع أيضاً:
منها: أن يكون معلوم الجنس، كقولنا: حنطة أو شعير، أو تمر. ومنها أن يكون معلوم النوع، كقولنا: حنطة سقيه أونمسية تمر برني أوفارسي، هذا إذا كان مما يختلف نوعه، فإن كان مما لا يختلف، فلا يشترط بيان النوع. ومنها: أن يكون معلوم الصفة كقولنا: جيد أو وسط، أو رديء. / بدائع الصنائع ٧: ٣١٦٢.

(٣) (ستة): في ب، حـ وفي ألستة.

(٤) (والذكورية): في أ، حـ وفي ب والذكورة.

(٥) (والأنوثية): في أ، حـ وفي ب والأنوثة.

(فإن)[1] كان النوع الواحد مما يختلف (كالحدكي)[2]، (والجزري)[3]، فهل يحتاج إلى ذكره؟ فيه قولان ذكره الشافعي في الإبل.

وذكر في الحاوي : (أن) [4] من أصحابنا (من قال) [5] الخماسي والسداسي المراد به في السن، (فالخماسي)[6] من له خمسة (عشرة سنة) [7] ، والسداسي من له (ستة عشر) [8] سنه، ولم يذكر الشافعي الثيوبة والبكاره لأن الثمن لا يختلف بذلك، اختلافاً متبايناً .

قال أصحابنا: فإن كان الثمن (لا يختلف بذلك اختلافاً متبايناً)[9] وجب ذكره .

فإن أسلم في جارية مغنية غناء مباحاً وهو بغير آله (الملاهي)[10] جاز، وإن كان قد شرط مغنيه بملاهي من مزمار أو عود، فقد ذكر في الحاوي فيه وجهين:

---

(١) (فإن) : في ب، حـ وفي أ وان.

(٢) (كالحدكي): في أ وفي ب كالحكي وفي حـ كالحكلي.

(٣) (والجزري): في أ، ب وفي حـ والحزرني.

(٤) (أن): في آ،ب وفي حـ ان.

(٥) (من قال): في ب، حـ وقال: ساقطة من أ.

(٦) (فالخماسي): في ب، حـ وفي أ والخماسي.

(٧) (خمسة عشرة): في ب وفي أ، حـ خمسة عشر سنة.

(٨) (ستة عشر): في أ، حـ وفي ب ست عشرة.

(٩) (لا يختلف بذلك اختلافاً متبايناً): في أ وفي ب، حـ يختلف به.

(١٠)(الملاهي): في ب، حـ وغير واضحة.

أصحهما : أنه لا يصح.

وحكى في الحاوي: أن من أصحابنا من قال: (ذكر الجودة تأكيد)[1].

وذكر في السلم في السويق وجهين:

فإن شرط في (المسلم)[2] الأجود، لم يصح، وإن شرط الأردى، ففيه قولان.

وإن أسلم في ثوب، وشرط فيه وزناً معلوماً، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يصح، وهو اختيار الشيخ (أبي حامد)[3] .

والثاني : أنه يصح .

وإن أسلم في جارية حامل ؟

فمن أصحابنا من قال : (لا يجوز قولاً واحداً)[4].

(وقال أبو إسحاق)[5]: (إنما)[6] لا يجوز إذا قلنا: إن الحمل لا حكم له، (فأما)[7] إذا قلنا: له حكم، ويأخذ قسطاً من الثمن، فإنه يجوز والأول أصح.

---

(١) (ذكر الجودة تأكيد): في أ،ب وفي حـ عليها علامة أي مشطوبة.

(٢) (المسلم): في أ،ب وفي حـ السلم.

(٣) (أبي حامد): في ب،حـ وفي أ أبو حامد.

(٤) (لا يجوز قولاً واحداً): في أ،حـ وساقطة من ب.

(٥) (وقال أبو إسحاق): في أ،حـ وساقطة من ب.

(٦) (إنما): في حـ وغير موجودة في آ، ب.

(٧) (فأما): في ب، حـ وفي أ وأما.

وإن أسلم (في)[1] جارية صغيرة (صح)[2] (وإن أسلم جارية صغيرة)[3] في جارية كبيرة .

قال أبو إسحاق : لا يجوز.

والأصح : أنه يصح (كالأول)[4] .

فإن قلنا: أنه يصح (فجاء بالجارية)[5] الصغيرة عند المحل وهي على صفة الكبيرة قد كبرت، فهل يجبر على أخذها؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجبر.

والثاني : لا يجبر .

قال الشيخ أبو نصر رحمه الله : لا فرق عندي بين أن تكون صغيرة، وبين أن تكون (كبيرة في كبيرة)[6] بصفتها وكذا إذا كان رأس المال (بصفة)[7] المسلم فيه فدفعه إليه عنه، فهل يلزمه قبوله على الوجهين؟ .

وان أسلم في شاة لبون، فقد قال في الأم، فيه قولان :

أحدهما : (أنه لا يصح)[8] .

---

(١) (في): في ب وفي أ، حـ غير موجودة.

(٢) (صح): في ب وساقطة من أ، حـ.

(٣) (وإن أسلم جارية صغيرة): في ب وساقطة من أ، حـ.

(٤) (كالأول): في ب، في أ، حـ كالإبل.

(٥) (فجاء بالجارية): في ب، حـ وفي أ في الجارية.

(٦) (كبيرة في كبيرة): في أ، ب وفي حـ : كبيرة الأولى ساقطة.

(٧) (بصفة): في ب، حـ وفي أ نصفه.

(٨) (انه لا يصح): في حـ وفي أ، ب يصح.

والثاني : (يصح)[1]، ولا يلزمه تسليم اللبن معها، ولكنه (يحلبها)[2] ويسلمها .

فإن أسلم في (التمر)[3] منقاً من النوا، ففي صحة السلم وجهان :

أحدهما : أنه يجوز كالسلم في اللحم منزوع العظم .

وإن أسلم في ثوب منسوج من الخز (والقطن)[4]، والابريسم، كالعتابي، والخز من القز والوبر :

فمن أصحابنا من قال: لا يجوز.

ومنهم من قال : يجوز.

ولا يجوز السلم في ثوب نسج، ثم صبغ، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج[5] .

---

(١) (يصح): في أ، ب وساقطة من حـ.

(٢) (يحلبها): في حـ وفي أ، ب يجلبها.

(٣) (التمر): في ب وفي آ، حـ المتمر.

(٤) (والقطن): ساقطة من أ، ب وموجودة في حـ.

(٥) قال النووي: ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج، كالبرود. والمعروف في كتب الأصحاب: أنه لا يجوز في المصبوغ بعد النسج.

وفيه وجه: أنه يجوز، قاله طائفة، منهم الشيخ أبومحمد، وصاحب (الحاوي) وهو القياس.

قال الصيمري: يجوز السلم في القمص، والسراويلات، إذا ضبطت طولاً وعرضاً، وسعة وضيقاً: روضة الطالبين ٤:٢٥.

(وذكر)[1] في الحاوي: أنه أذا ذكر لوناً من سواد، أو حمرة (أو خضرة)[2] ووصف صبغها، (بأي)[3] صبغ كان، (ولو)[4] أسلم فيها مصبوغاً، جاز .

قال الشيخ الإمام[5] : وهذا عندي أصح مما ذكره غيره، من الفرق بين ما صبغ غزله ثم نسج، وبين ما صبغ بعد النسج.

وإن أسلم في ثياب مطرزة، وكانت منسوجة، جاز .

وإن كانت مركبة عليها :

فمن أصحابنا : من أجراها مجرى الصبغ، فأجازه .

ومنهم : من منع السلم لامتيازها عن الثوب .

وذكر[6] الشيخ أبو حامد: أنه يجوز السلم في القماقم، والأسطال المدورة والمراجل[7] .

---

(١) (وذكر): في أ، حـ وفي ب ذكر.

(٢) (أو خضرة): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٣) (بأي): في ب، حـ وفي أ فأي.

(٤) (ولو): في ب، وفي آ أو لو وفي حـ وأسلم والأول هو الصحيح.

(٥) (قال الشيخ الإمام): في حـ وساقطة من أ، ب.

(٦) (وذكر): في أ، حـ وفي ب ذكر.

(٧) قال الخطيب الشربيني: ولا يجوز السلم في مختلف أجزاؤه، كبرمه معموله وهي القدر، وجلد على هيئة القدر، ومعمول نحو كوز وطشت، وقمقم، ومنارة، وطنجير، ونحوها كالأباريق والحباب، والأسطال الضيقة الرأس، لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها، إما لاختلاف الأجزاء في الدقة والغلظ كالجلد، أو لمخالفة أعلاها، أو وسطها لأسفلها كالأمثلة المذكورة. =

قال القاضي أبو الطيب : وقد نص الشافعي على خلاف ذلك .

ويذكر في السمن: لونه أبيض، أو أصفر، ويذكر أنه حديث، أو عتيق .

قال الشيخ أبو حامد رحمه الله: قال الشافعي رحمه الله: اطلاقه يقتضي الحديث .

قال القاضي أبو الطيب رحمه الله : العتيق الذي قد تغير لا يدخل فيه، لأنه (معيب)[1]، وليس كل عتيق متغيراً .

ويجوز السلم في اللبا قبل الطبخ إذا كان حليباً .

وقال القاضي أبو الطيب رحمه الله: يجوز السلم فيه أيضاً بعد الطبخ لأن ناره يكون ناراً (لينه)[2] .

والأول: أقيس .

وفي السلم في الدقيق وجهان :

= أما قطع الجلد، فيجوز السلم فيها وزناً لانضباطها، لأن جملتها مقصودة، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً.

ويصح السلم في الأسطال المربعة لعدم اختلافها، والمدورة كالمربعة كما صرح به.

وقال الأذرعي: إنه الصواب واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد. ويصح السلم في كل ما لا يختلف من ذلك مضروباً كان أو مصبوباً كما صرح به الماوردي. ولو شرط كون السطل من نحاس ورصاص جميعاً لم يصح، نص عليه في الأم، قال: لأنهما يخلطان، فيعرف قدر كل واحد منهما / مغني المحتاج ٣:١١٤. وروضة الطالبين ٤ :٢٨ .

(١) (معيب): في ب وفي أ، حـ مُغَيَّب. والأول هو الصحيح لأنه مقتضى العقد.

(٢) (لينة): في ب، حـ وفي أ لعينه وهذا تصحيف.

أحدهما : وهو قول أبي القاسم[1] الداركي، أنه لا يجوز.

والثاني : يجوز.

وفي السلم في السويق، وجهان: إذا قلنا: يجوز السلم في الدقيق.

وفي السلم في الرؤوس قولان :

أحدهما : لا يجوز، وهو قول أبي حنيفة[2].

ومن أسلم فيما لا يكال (ولا يوزن)[3]، كالجوز، والبيض، والقثا، والبطيخ، والبقل .

---

(١) (أبي القاسم): في ب، حـ وفي أ أبو والقاسم غير واضحة.

(٢) قال الكاساني: ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان، والجواهر، واللآلىء والجوز والجلود والأدم، والرؤوس، والأكارع، والبطيخ، والقثاء، والرمان، والسفرجل، ونحوها من العدديات المتفاوتة، لأنه يمكن ضبطها بالوصف، إذ يبقى بعد بيان جنسها، ونوعها، وصفتها وقدرها، جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة، لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر، ولؤلؤ ولؤلؤ وحيوان وحيوان، وكذا بين جلد وجلد، ورأس ورأس في الصغر، والكبر، والسمن والهزال، ولأنها جهالة مفضية إلى المنازعة، وأنها مانعة صحة العقد. / بدائع الصنائع ٧:٣١٦٦.

قال النووي رحمه الله: لا يجوز السلم في رؤوس الحيوان على الأظهر، والأكارع كالرؤوس.

وإذا جوزناه في الأكارع، فمن شرطه أن يقول: من الأيدي والأرجل والله أعلم.

وإن جوزناه، فله ثلاثة شروط. أن تكون نيئة، وأن تكون منقّاة من الشعر، والصوف، ويسلم فيها وزناً، فإن فقد شرط، لم يجز قطعاً/ روضة الطالبين ٤:٢٢.

(٣) (ولا يوزن): في ب، حـ وفي أ ولا يجوز.

والروس إذا جوزنا السلم فيها، اسلم فيها وزناً[1].

قال أبو إسحاق: يجوز السلم في الجوز كيلاً .

وقال أبو حنيفة : يجوز السلم في البيض، والجوز، عدداً[2].

وحكى في الحاوي عن الأوزاعي أنه قال: يجوز السلم فيما (يتقارب)[3] من ذلك ولا يتفاوت (كثيراً) عدداً[4] كالبيض، والرمان، والسفرجل، والباذنجان .

وإن أسلم إلى أجل (وجب)[5] أن يكون معلوماً[6]، فأن أسلم

---

(١) إذا لم تختلف قشوره/ روضة الطالبين ٤: ١٤.

(٢) لأن الجهالة فيها يسيرة لا تفضي إلى المنازعة، وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء، لأنه لا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت وبين الناس عادة، فكان ملحقاً بالعدم، فيجوز السلم فيها عدداً، وكذلك كيلا وهذا عندنا.

وقال زفر: لا يجوز، وجه قوله: إن الجوز، والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصغر، والكبر حتى يشتري الكبير منها بأكثر مما يشتري الصغير، فأشبه البطيخ والرمان. ولنا: أن التفاوت بين صغير الجوز، وكبيره يسير، أعرض الناس عن اعتباره، فكان ساقط العبرة، ولهذا كان مضموناً بالمثل عند الإتلاف، بخلاف الرمان والبطيخ، فإن التفاوت بين آحاده تفاوت فاحش، ولهذا كان مضموناً بالقيمة. / بدائع الصنائع للكاساني ٧: ٣١٦٤ - ٣١٦٥.

(٣) (يتقارب): في أ، حـ وفي ب يقارب.

(٤) (كثيراً): في ب، حـ وفي أ كبيراً.

(٥) (وجب): في ب، حـ وفي أ في وفراغ.

(٦) لحديث ابن عباس: (أن النبي ﷺ قال: أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) سبق تخريجه.

ولأن الثمن يختلف باختلافه، فوجب بيانه، كالكيل، والوزن، وسائر =

إلى (الحصاد)[١]، (أو العطاء)[٢] لم يجز، وبه قال أبو حنيفة[٣].

وقال مالك: يجوز السلم إلى الحصاد.

وإن قال: إلى ربيع، أو جمادى، صح، وحمل على الأول، على أصح الوجهين وقيل: لا يصح حتى يتبين.

وإن جعل المحل: (النفر)[٤] الأول (وهو)[٥] الثاني عشر من ذي الحجة، أو النفر الثاني وهو الثالث عشر من ذي الحجة، جاز لأهل مكة، لأنهم يعرفون، وهل يجوز لغيرهم؟ فيه وجهان ذكره في الحاوي (وذكر)[٦] أنه إذا جعل المحل يوم (القر لا يقع)[٧] وهو الحادي عشر من ذي الحجة، أو يوم الجلاء وهو الثالث عشر من ذي الحجة، لم يجبر

= الصفات، والأجل المعلوم: ما يعرفه الناس كشهور العرب، وشهور الفرس، وشهور الروم وأعياد المسلمين، والنيروز والمهرجان: المجموع ١٢: ١٥١.

(١) (الحصاد): في ب، حـ وفي أ العصاد.

(٢) (أو العطاء): في ب، حـ وفي أ والعطاء.

(٣) لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر / المهذب ١٢: ١٥١، ولأنه إذا كان الأجل مجهولاً، فالسلم فاسد، سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة، لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة، وأنها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها على ما ذكرنا / بدائع الصنائع: ٧: ٣١٧٥.

(٤) (النفر): في ب، حـ وفي أ السفر وهذا تصحيف.

(٥) (وهو): في ب، حـ وفي أ (و).

(٦) (وذكر): في ب، حـ وفي أ ذكر.

(٧) (القر لا يقع): في حـ وفي أ القز وفي ب القز. وسمي به لأنهم يقرون فيه بمعنى.

لغير أهل مكة (وفي)[1] أهل مكة وجهان، لأنه لا يعرف ذلك إلا خواصهم، وإن جعل المحل: النيروز، (أو المهرجان)[2]، أو شهراً من شهور الفرس، أو الروم، فإن كان من العرب الذين لا يعرفون (ذلك)[3] من الأشهر الهلالية، لم يجز، وإن كان من الفرس، أو غيرهم ممن يعرف عوامهم ذلك، ففيه وجهان:

(مذهب البصريين: أنه لا يجوز)[4].

ولا يجوز إلى أعياد أهل الذمة، نص عليه الشافعي رحمه الله.

قال أبو إسحاق: (فإن)[5] علم المسلمون من حسابهم مثل ما يعلمونه، جاز أن يجعل أجلاً في السلم.

وذكر في الحاوي في ذلك: وجهين:

وإن قال: محله (من)[6] يوم كذا، أو في شهر كذا، ففيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يصح.

والثاني: أنه يصح، ويحمل على أوله.

---

(١) (وفي): ب، حـ وفي أ في.

(٢) (أو المهرجان): في ب، حـ وفي أ والمهرجان.

(٣) (ذلك): في أ، ب وفي حـ وقت ذلك.

(٤) (مذهب البصريين): في حـ وفي ب أنه ساقطة، والعبارة كلها ساقطة من أ.

(٥) (فإن): في ب، حـ وفي أ وان.

(٦) (من): في أ، حـ وفي ب في.

(حكاه الحاوي عن بعض أصحابنا، والمذهب: أنه كالشهر)[١].

(فإن)[٢] قال في سنة كذا: لم يجبر وجهاً واحداً، حكاه الحاوي.

وإن أسلم في جنسين إلى أجل (أوفى)[٣] جنس واحد إلى أجلين، صح في أصح القولين[٤].

(فأما)[٥] بيان موضع (التسليم)[٦] إذا كان العقد في موضع يصلح للتسليم[٧]، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدهما : أنه يجب بيانه[٨].

---

(١) (حكاه في الحاوي..... كالشهر). في ب، وفي أ، حـ ساقطة.

(٢) (فإن) في ب، حـ وفي أ وإن.

(٣) (أو في): في أ وفي ب أو في حـ وفي.

(٤) لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد، جاز في جنسين وفي أجلين كبيع الأعيان.

والثاني: أنه لا يصح، لأن ما يقابل أحد الجنسين، أقل مما يقابل الآخر، وما يقابل أحدهما أجلاً أقل مما يقابل الآخر، وذلك مجهول، فلم يجز.

ويقول الشيرازي: ودليل ذلك، يبطل ببيع الأعيان، فإنه يجوز إلى أجلين في جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما. / المهذب للشيرازي ١٢:١٥٥.

(٥) (فأما): في ب، حـ وفي أ وان.

(٦) (التسليم): في حـ وفي أ، ب السلم والأول هو الصحيح.

(٧) وإذا كان في موضع لا يصلح التسليم، وجب بيانه.

(٨) لأنه يختلف الفرض باختلافه، فوجب بيانه كالصفات.

والثاني : لا يجب، ويحمل على موضع العقد، وبه قال أبو يوسف ومحمد [1].

وقال أحمد : لا يجب ذكره، وإذا ذكر، فهل يبطل به السلم عنه؟ فيه روايتان [2].

والوجه الثالث : أنه إن كان لحمله مؤونة، وجب بيانه [3]، وإن لم

---

(١) خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، بدائع الصنائع ٧: ٣١٧ ولقول النبي ﷺ: (من أسلم فليسم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم) ولم يذكر مكان الإيفاء، فدل على أنه لا يشترط.

وفي الحديث الذي فيه: (ان اليهودي أسلم إلى النبي ﷺ فقال النبي ﷺ: أما من حائط بني فلان فلا، ولكن كيل سمي إلى أجل مسمى، ولم يذكر مكان الإيفاء) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٣، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٤.

(٢) وقال القاضي: وأبو الخطاب: متى ذكر مكان الإيفاء، ففيه روايتان، سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره، لأن فيه غرراً، لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان، فأشبه تعيين المكيال واختاره أبو بكر، وهذا لا يصح، فإن في تعيين المكان غرضاً ومصلحة لهما، فأشبه تعيين الزمان.

ثم لا يخلوا: إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه، فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد، أو لا يكون ذلك مقتضى العقد، فيتعين ذكر مكان الإيفاء، نفياً للجهالة عنه، وقطعاً للتنازع، فالغرر في تركه لا في ذكره، وفارق تعيين الميكال، فإنه لا حاجة إليه، ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد، ويفضي إلى التنازع، وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع المعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول، هو المقتضى لشرط مكان الإيفاء، فكيف يصح قياسهم عليه. / المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٤.

(٣) لأنه يختلف الثمن باختلافه، فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها.

يكن لحمله مؤونة، لم يجب[1].

فإن قال في المحل على أن أسلم إليك ببغداد (والبصرة)[2]، فقد حكى فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح، ويجعل بينهما نصفين، والأصح أنه لا يصح.

ويجب أن يكون رأس المال معلوماً، وهل يجوز أن يكون جزافاً إذا كان مشاهداً؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه لا بد من ذكر كيله، أو وزنه، وذكر صفاته، وبه قال مالك، وأحمد، واختاره، أبو إسحاق المروزي.

والقول الثاني: أنه لا يجب، وهو اختيار المزني.

وقال أبو حنيفة: إن كان رأس المال مكيلاً، أو موزوناً، وجب ضبط صفاته، وإن كان مزروعاً، أو معدَوداً، لم يجب[3].

---

(١) لم يجب بيانه، لأنه لا يختلف الثمن باختلافها، كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها.

(٢) (و البصرة) في ب، وفي أ، حـ أو البصرة.

(٣) أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير، فإن كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه، لأنه إذا لم يمكن ضبط قدره، وصفته بالوصف، يبقى مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة وأنها مفسدة للعقد.

وبيان ذلك: أنه يجوز السلم في المكيلات والموزونات التي تحتمل التعيين والعدديات المتقاربة، أما المكيلات والموزونات، فلأنها ممكنة الضبط قدراً وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه إلا تفاوت يسير، لأنها من ذوات الأمثال.
=

فإن كان رأس المال موصوفاً في الذمة، ثم عيناه في المجلس وقبضه فيه، جاز[1].

وحكى في الحاوي عن أبي العباس بن رجاء البصري: أنه لا يجوز لأنه بيع دين بدين.

= وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض، لأن الجهالة فيها يسيرة لا تفضي إلى المنازعة، وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء، لأنه يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت وبين الناس عادة فكان ملحقاً بالعدم، فيجوز السلم فيها عدداً، وكذلك كيلاً، وهذا عندنا، وقال زفر: لا يجوز / بدائع الصنائع للكاساني ٧: ٣١٦٤ ـ ٣١٦٥.

(١) فإن كان من الأثمان: حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقود، حمل على الغالب منها، وإن لم يكن في البلد نقد غالب، وجب بيان نقد معلوم.

وإن كان رأس المال عرضاً، وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان، لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف، فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه. وإن كان رأس المال معيناً ففيه قولان:

أحدهما: يجب ذكر صفاته ومقداره، لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده.

والثاني: لا يجب ذكر صفاته ومقداره، لأنه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل، فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته، ومقداره كالمهر، والثمن في البيع.

وإن كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها، فعلى القولين:

ـ إن قلنا: يجب ذكر صفاته، لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال، لأنه لا يمكن ذكر صفاته.

ـ وإن قلنا: لا يجب، جاز أن يجعل ذلك رأس المال. لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم / المهذب للشيرازي ١٢: ١٥٩.

ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس[1]، فإن أخره، بطل العقد، وبه قال أبو حنيفة وأحمد.

وقال مالك: يجوز أن يتأخر قبضه يومين، وثلاثة، وأكثر ما لم يكن ذلك بشرط:

فإن قبض بعض رأس المال في المجلس دون البعض، وتفرقا، فقد حكى في الحاوي ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول البصريين أن العقد في الكل باطل قولاً واحداً.

والثاني: وهو قول البغدادين، أن السلم فيما قبض صحيح لازم، وفيما بقي باطل.

والثالث: أن السلم فيما لم يقبض باطل، وفيما (قبض)[2] على القولين في تفريق الصفقة، وللمسلم إليه الخيار، وهذا هو الصحيح.

---

(١) لقوله ﷺ «أسلفوا في كيل معلوم»، والاسلاف: هو التقديم، ولأنه إنما سمى سلماً لما فيه من تسليم رأس المال، فإذا تأخر، لم يكن سلماً، فلم يصح: / المهذب للشيرازي ١٢:١٥٨.

(٢) (قبض): في ب وفي أ، حـ قبل، الأول هو الصحيح.

بـــاب
تسليم المسلم فيه(١)

إذا أسلم إليه في عبد موصوف (فجاء)(٢) المسلم إليه بعبد على تلك الصفة فكان (أبا)(٣). المسلم، أو ابنه، لم يلزمه قبوله .

وإن قبضه، ولم يعلم بحاله ثم علم، ففيه وجهان :

أصحهما : أنه يعتق عليه، ولا شيء له.

والثاني : أن القبض وقع فاسداً، ذكره في الحاوي .

وإن جاءه بعبد على الصفات، فكان أخاه، أو عمه، فهل يلزمه قبوله؟ ذكر فيه وجهين :

---

(١) (باب تسليم المسلم.. فيه): غير واضحة في حـ.

(٢) (فجاء): في أ، ب وفي حـ تجاه وهذا تصحيف.

(٣) (أبا): في ب وفي أ أبو، وفي حـ أ ب والأول هو الصحيح لأنه منصوب.

أصحهما : أنه يلزمه، ويلزمه ما يقع عليه الاسم من الأوصاف من جودة وغيرها.

وحكى في الحاوي عن مالك: أنه يلزمه الوسط .

فإن أسلم في طعام بالكيل (أو اشترى)[1] طعاماً بالكيل فقبضه جزافاً، لم يصح قبضه[2]، فإن تلف، تلف من ضمانه[3]، (فإن)[4] باع جميعه، لم يصح بيعه[5]، وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه يستحقه ففي صحة بيعه وجهان :

أصحهما : أنه لا يصح، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة[6] .

والثاني : أنه يصح وهو قول أبي إسحاق[7] .

وإن أسلم في نوع، فجاء بنوع آخر من ذلك الجنس، كالبرني عن

---

(١) (أو اشترى): في حـ وفي أ، ب واشترى.

(٢) لأن المستحق قبض بالكيل، فلا يصح قبض بغير الكيل، فإن كان المقبوض باقياً، رده على البائع ليكيله له.

(٣) لأنه قبض عن حقه، وإن ادعى أنه كان دون حقه، فالقول: قوله لأن الأصل أنه لم يقبض إلا ما ثبت بإقراره.

(٤) (فإن): في ب، حـ وفي أ وان.

(٥) لأنه لا يتحقق أن الجميع له.

(٦) لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد، فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه، فإن دفع إليه بالكيل، ثم ادعى أنه دون حقه، فإن كان ما يدعيه قليلاً، قبل منه، وإن كان كثيراً، لم يقبل لأن القليل يبخس به، والأصل عدم القبض، والكثير لا يبخس به فكان دعواه مخالفاً للظاهر، فلم يقبل. / المهذب للشيرازي ١٢: ١٦٤ - ١٦٥.

(٧) لأنه دخل في ضمانه، فنفذ بيعه فيه، كما لو قبضه بالكيل.

المعقلي، لم يلزمه قبوله وإن كان أكثر قيمة منه، وهل يجوز قبوله بالتراضي؟ فيه وجهان :

أحدهما : وهو قول أبي إسحاق، أنه لا يجوز[1].

والثاني : وهو قول أبي على بن أبي هريرة أنه يجوز[2]، ذكره القاضي أبو الطيب.

وذكر الشيخ أبو حامد: أنه يجوز له قبوله.

وهل يلزمه قبوله؟ فيه وجهان :

والأول: أصح.

إذا أحاله بالمسلم فيه على رجل له عليه طعام، لم تصح الحوالة[3] فإن كان له على رجل طعام من قرض، وعليه طعام من قرض، (فأحال)[4] به عليه، جاز.

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز، وليس بشيء.

---

(١) لأنه غير الصنف الذي أسلم فيه، فلم يجز أخذه عنه، كالزبيب عن التمر.

(٢) لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد، ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخر، ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة.

فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه، فأحضره، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز قبوله، لأنه يصير الثمن هو المثمن، والعقد يقتضي أن يكون الثمن غير المثمن.

والثاني: أنه يجوز، لأن الثمن هو الذي سلم إليه، والمثمن هوالموصوف: / المهذب للشيرازي ١٢: ١٦٠.

(٣) لأن الحوالة بيع، ومعلوم أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض.

(٤) (فأحال): في ب وفي أ، حـ وأحال.

(فإن)(١) قال المسلم إليه : لي عند رجل طعام، فاحضر معي حتى أكتاله لك، فحضر معه فاكتاله له، لم يصح قبضه للمسلم(٢)، وهل يصح (قبض)(٣) المسلم إليه لنفسه؟ فيه وجهان، بناء على القولين فيمن باع نجوم الكتابة، فقبض منه المشتري، لم يصح قبض المشتري لنفسه، وهل يصح قبضه للسيد؟ فيه قولان :

أصحهما : أنه لا يصح(٤) .

فإن أكتاله لنفسه، ثم سلمه إليه في الكيل، فهل يصح؟ فيه وجهان (٥) :

---

(١) (فإن): في ب، حـ وفي أ وان.

(٢) لما روى جابر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ: (نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري) رواه ابن ماجه والدارقطني: سنن ابن ماجه ٢ : ٧٥٠ وهذا لم يجر فيه الصاعان.

(٣) (قبض): في ب، حـ وفي أ قبل والأول هو الصحيح.

(٤) لأنه لم يأذن له في قبضه له، وإنما أذن له في قبضه لنفسه، فلا يصير القبض له، ويخالف الوكيل، فإنه قبضه لموكله.

ـ فإن قلنا: إن قبضه لا يصح، اكتاله لنفسه مرة أخرى، ثم يكيله للمسلم.

والقول الثاني: يصح، لأنه قبضه بإذنه، فصار كما لو قبضه وكيله.

ـ فإن قلنا: إن قبضه يصح كاله للمسلم، فإن قال: احضر معي حتى أكتاله لنفسي وتأخذه ففعل ذلك، صح القبض للمسلم إليه، لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً، ولا يصح للمسلم، لأنـه دفعه إليـه من غير كيـل. / المهذب للشيرازي ١٢ : ١٦٦.

(٥) أحدهما: لا يصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: (نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان) وهذا يقتضي كيلاً بعد كيل وذلك لم يوجد سبق تخريجه.

والثاني : أنه يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائية ولو ابتدأ بكيلة جاز، فكذلك إذا استدامه/ المهذب للشيرازي ١٦٦/١٢ ـ ١٦٧ .

وأجرة الكيال على البائع .

قال أبو حنيفة : أجرة الذي (يملأ)[1] القفيز على البائع، وأجرة الذي يفرغه على المشتري، وأجرة وزان الثمن على المشتري.

وفي إجرة الناقد وجهان :

أحدهما : على المشتري .

والثاني : على البائع .

فإن دفع إليه ديناراً وقال : اشتر لي به طعاماً، واقبضه لي، ثم اقبضه لنفسك ففعل، صح قبضه للآمر، وهل يصح لنفسه؟ فيه وجهان ذكره القاضي حسين رحمه الله .

فإن باعه طعاماً بمائة إلى سنه، فلما حل، أعطاه بالثمن الذي عليه طعاماً، جاز سواء كان مثل الأول، أو أقل، أو أكثر .

وقال مالك: لا يجوز.

وإن قبض المسلم فيه، ثم وجد به عيباً، فله رده[2] والمطالبة ببدله[3]، فإن حدث عنده عيب، كان له الرجوع بالأرش .

وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك .

فإن باع صبرة من طعام جزافاً .

قال الشافعي رحمه الله : البيع جائز، ولا بأس به.

---

(١) (يملأ): في ب، حـ وفي أ ملاء .

(٢) فإن رد ، ثبت له المطالبة بالسليم ، لأنه أخذ المعيب عما في الذمة فإذا رده ، رجع الى ماله في الذمة .

(٣) لأنه لا يمكنه رده ناقصاً عما أخذه ، ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجد الأرش/المهذب للشيرازي ١٢ : ١٧٠ .

وقال في موضع آخر : ولا أحب ذلك (فحصل في الكراهية)[1] قولان.

ولا يصح كتابة العبد المبيع قبل قبضه .

وقال أبو علي بن خيران : يصح .

فإن كان لرجل على رجل دين، ولمن عليه الدين عنده وديعه، فباعه إياها بالدين، فهل يحتاج إلى نقل، أو يكفي مضي الزمان؟ فيه وجهان :

فإن قايله [2] عقد السلم، صح والإقالـة فسخ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه يقول: إنها بمنزلة البيع في حق غير المتعاقدين، (يثبت)[3] فيها الشفعة[4] .

---

(١) (فيحصل في الكراهية) : في آ ، ب وفي حـ فتحصّل في الكراهة .

(٢) قايله : إقالة ، والإقالة : مشتقه من القول والهمزة للسلب ، أي إزالة القول الأول وهو ما جرى بينهما من البيع ، كأشكى إذا زال شكواه ولا يكاد يصح هذا ، لأنهم قالوا قلته البيع بالكسر ، فدل على أن عينه ياء ، ولو كان من القول لقيل : قلته بالضم ، وقد قالوا إقالة البيع قيلاً وهذا أدل من الأول ، وهي مشروعة مندوب إليها لقوله ﷺ : من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة/ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٧

(٣) (يثبت) : في أ ، حـ وفي ب فيثبت .

(٤) وهذا عند أبي حنيفة ، إلا أن لا يمكن جعلها فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد القبض ، أو هلك المبيع غير المقايضة ، فتبطل الإقالة ويبقى البيع على حالة لتعذر الفسخ ، إذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع ، فيبطل ، هذا إذا تقايلا بعد القبض ، وإن كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعاً/ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤ : ٧٠ .

وقال أبو يوسف: هي بيع بعد القبض، وفسخ قبله إلا في العقار، فإنها بيع قبل القبض وبعده[1] .

وقال مالك: الإقالة بيع .

فإن أقاله على أكثر من الثمن، أو أقل (لم تصح)[2] الإقالة ، والمبيع على ملك المشتري .

فقال أبو حنيفة : تصح الإقالة، ويجب رد الثمن[3] .

ولا تصح التولية، ولا الشركه في المسلم فيه[4].

وحكى أصحابنا عن مالك: أنه يصح .

---

(١) وقال أبو يوسف : هي بيع ، إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً ، بأن كانت قبل القبض في المنقول ، أو كانت بعد هلاك أحد العوضين في المقايضة ، فيجعل فسخاً ، إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً ولا فسخاً ، بأن كانت قبل القبض في ، المنقول بأكثر من الثمن الأول ، أو بأقل منه ، أو بجنس آخر ، أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة ، فتبطل ويبقى البيع الأول على حاله ، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز ، والفسخ يكون بالثمن الأول ، وقد سميا خلافه/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٧١ .

(٢) (لم تصح) : في ب ، حـ وفي أ تصح ساقطة .

(٣) لأنه لما كانت الإقالة عنده فسخاً ، والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد ، كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلاً ، وشرط لعدم جواز اشتراط الأقل عدم التعيب عند المشترى ، وأما إذا تعيب عنده فيجوز بالأقل ، فيجعل الحط بإزاء ما فات بالعيب ، ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ، ولا يجوز أن ينقص أكثر منه/الزيلعي ٤ : ٧١ ـ ٧٢ .

(٤) ولا تجوز الشركة ، وإلا التولية مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في المسلم فيه ، بخلاف المرابحة والوضيعة ، فإنه غير معتاد ، ـ

وتصح الإقالة في بعض المسلم فيه، وبه قال عطاء، وطاووس، وأبو حنيفة والثوري.

وروى عن ابن عباس رضي الله (عنهما)[1] أنه قال: لا بأس به، وهو المعروف.

وقال مالك وربيعة، والليث بن سعد، وابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك وكرهه: (أحمد وإسحاق)[2]، ورواه ابن المنذر عن بن عمر رضي الله عنهما:

فإن أسلم ديناراً موصوفاً في طعام، وسلمه ثم انفسخ السلم (بتعذر)[3] الطعام، فهل (يجب)[4] رد الدينار بعينه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه رده، كما لو كان معيناً.

فإن كان رأس المال بعد الإقالة باقياً، وجب رده، وإن كان تالفاً، وجب رد بدله، فإن أراد أن يأخذ عنه عوضاً، (كان)[5] (مما يحرم)[6]

ولأنه دين، وفي الوضيعة أضرار برب السلم فيبعد وجودهما، بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فإنه قريب.

والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به، وقيل: هو إحتراز عن قول البعض، أن التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم.

(١) (عنهما): في آ، حـ وفي ب عنه.

(٢) (أحمد وإسحاق): غير واضحة في ب.

(٣) (بتعذر): في ب وفي حـ يتعذر وفي أ تعذر.

(٤) (يجب): في آ، حـ وفي ب يجوز.

(٥) (وكان): في آ، ب وفي حـ وكانا.

(٦) (مما يحرم): في ب وفي أ، حـ مما لا يحرم.

الربا (فيه بعلة)[1] واحدة، كالحنطة عن (الحبوب)[2]، والدراهم عن الحنطة، جاز التفرق فيهما قبل القبض في أصح الوجهين[3] .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يأخذ العوض عن رأس المال استحساناً .

فإن انقطع المسلم فيه (في محله ، أو غاب المسلم إليه)[4]، فتعذر مطالبته فيه قولان :

أحدهما : أن العقد ينفسخ[5] .

والثاني : أنه لا ينفسخ، ولكنه بالخيار، بين أن يصير حتى (توجد)[6]، وبين أن يفسخ العقد، وهو قول أبي حنيفة .

وفي مدة هذا الخيار، الوجهان في خيار التلقي .

---

(١) (فيه بعلة) : في ب ، حـ وفي أ فيها لعلة .

(٢) (الحبوب) : في آ ، حـ وفي ب التوب .

(٣) كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عيناً بعين أن يتفرقا من غير قبض .
والوجه الثاني : لا يجوز ، لأن المبيع في الذمة ، فلا يجوز أن يتفرقا قبل عوضه كالمسلم فيه/المهذب للشيرازي ١٢ : ١٧٢ .

(٤) (في محله ، أو غاب المسلم إليه) : في آ ، حـ وساقطة من ب .

(٥) لأن المعقود عليه قد هلك ، فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت الصبرة .

(٦) (توجد) : في آ ، ب وفي حـ يؤخذ وهذا تصحيف . لأن المعقود عليه ما في الذمة لا تمرة هذا العام ، والدليل عليه أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين ، فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز ، وما في الذمة لم يتلف ، وإنما تأخر ، فثبت له الخيار كما لو اشترى عبداً فأبق/المهذب للشيرازي ١٢ : ١٧١ .

وإن وجد البعض، وتعذر عليه البعض.

فإن قلنا: إنه ينفسخ فيما فقده، كان في الباقي الطريقان في التلف الطارىء في أحد العبدين قبل القبض.

وإن قلنا: لا ينفسخ، كان بالخيار في الفسخ في الكل، واسترجاع رأس المال، وبين أخذ الموجود والصبر بالمفقود إلى أن يوجد.

وهل له أخذ الموجود، والفسخ في المفقود؟ يبتنى على تفريق الصفقة، فإن قلنا: يجوز (أخذ)[1] الموجود بحصته من رأس (المال)[2] في أصح القولين.

إستصناع[3] الخفاف، والنعال، والأواني من خشب، أو صفر، أو رصاص، لا يجوز.

وقال أبو حنيفة: يجوز.[4]

وحكى في الحاوي عن أبي العباس بن سريج: أنه كان يرى السلف في الخفاف والنعال.

---

(١) (أخذ): في أ، حـ وفي ب أخذ.

(٢) (المال): في ب، حـ وفي أ ساقطة.

(٣) تعريفه: هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع/مرشد الحيران: ٥٦٩ وصورته: أن يقول إنسان لصانع مكتبة مثلاً أو غيرها، إعمل لي مكتبة حديد من عندك ارتفاعها ثلاثة أمتار، وعرضها أربعة أمتار برفوف حديدية وزوايا حديد فيقول الصانع: نعم: فتح القدير ٥: ٣٥٤، وبدائع الصنائع ٥: ٠٣.

(٤) وأركانه: الإيجاب والقبول، شأنه شأن سائر العقود، والذي يرد عليه إنما هو العين المراد صنعها لا العمل، ومن هنا نقول: إن عقد الاستصناع عقد بيع لا عده، وجوازه في كل ما جرت به العادة كاستصناع الخف والقلنسوه، وأواني =

ولا يجوز أن يشتري (سلعة)[1] ويشترط على البائع أن يحذوها له أو يشركها.

وقال أبو حنيفة : يجوز[2] .

= الصفر والحديد والرصاص ، والزجاج وسائر الأمتعة . والأسلحة وغيرها : ذكر فيها قدراً معلوماً ، وصفة معلومة ، ولكل واحد منهما الخيار إذا رآه مفروغاً إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، وهذا قول عامة فقهاء الحنفية .

وعن أبي يوسف : أنه لا خيار لواحد منهما إذا جاء على الصفة التي أراده/الحاوي القدسي ورقة : ٢٣٣ ب وبدائع الصنائع ٥ : ٢ ، وفتح القدير ٥ : ٣٥٥ ، ومرشد الحيران : ٥٧١ م .

أما جوازه ، فإنما من ناحية الاستحسان لا من ناحية القياس ، إذ القياس يأبى جوازه لأنه بيع المعدوم كالسلم ، بل هو أبعد جوازاً من السلم ، وهو قول زفر والشافعي إذ لا يمكن إجارة ، لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير وذلك لا يجوز ، كمن قال لصباغ : اصبغ ثوبك أحمر بكذا ، لا يصح ، والاستحسان : أن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكير ، فكان إجماعاً منهم على الجواز/فتح القديره : ٣٥٥ والزيلعي ٤ : ٠٥٩ .

وأصل شروعيته : التعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير ، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ : لا تجتمع أمتي على ضلالة/ابن ماجة ٢ : ١٣٠٣ ، وكذلك فقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً ، واحتجم ﷺ وأعطى الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة ، وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ، وسمع ﷺ بوجود الحمام فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطاً وتعامل الناس بدخوله . من غير نكير من الصحابة والتابعين على هذا الوجه إلى الآن ، وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملىء الكأس ونحوه ، فقصرناه على ما فيه تعامل ، واستصنع رسول الله ﷺ المنبر ، وكذلك شرب الماء من السقاء بفلس : ابن عابدين ٥ : ٢٢٣ ، وفتح القدير ٥ : ٣٥٦ ، وانظر كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية حـ ٢ : ٣٠ - ٣٧.

(١) (سلعة) : في ب ، وفي حـ قلعة ، وساقطة من أ .

(٢) يجوز استحساناً . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز وهو القياس ، لأن فيه شرطاً لا =

فإن أسلم في (سلعة)[١] من جلود (الشيات)[٢] مقدودة الثلول والعرض موصوفه اللون، والثخن .

حكى في الحاوي : فيه وجهين .

أحدهما : لا يجوز.

والثاني : يجوز، وبه قال (أبو الفياض)[٣]، والقاضي أبو حامد .

فإن قال اشتريت (منك)[٤] هذه (السلعة)[٥] بدرهم، واستأجرتك (لتشريكها)[٦] بدرهم .

فقد ذكر في الحاوي : فيه وجهين .

أحدهما : أنه بمنزلة ما لو جمع (بين)[٧] بيع وإجارة في صفقة واحدة .

والثاني : أنه يجوز، لأنه شرط العمل (فيما لا)[٨] يملكه، وهو الأصح .

= يتقضيه العقد ، وجه الاستحسان : أن الناس تعاملوه ، وبمثله يترك القياس ٠/ الزيلعي ٤ : ٠٥٩ .

(١) (سلعة) : غير واضحة في أ وفي ب ، حـ قلعة وهذا تصحيف .

(٢) (الشيات) : في أ وفي ب السبيث ، وفي حـ الشيت .

(٣) (أبو الفياض) : في آ ، ب وفي حـ ابن القاص .

(٤) (منك) : في ب وفي أ ، حـ مثل .

(٥) (السلعة) : في ب وفي حـ القلعة وغير واضحة في آ .

(٦) (لتشريكها) : في حـ وفي آ لتشر ، وفي ب لتشريتها .

(٧) (بين) : في آ ، ب وفي حـ من .

(٨) (فيما لا) : في آ ، ب وفي حـ فيما لم .

بـــاب
القرض[1]

في الوقت الذي يحصل الملك للمقترض وجهان :

---

(١) القرض جائز بالسنة والإجماع ، أما السنة : فروى أبو رافع : (أن النبي ﷺ) استسلف من رجل بكرا ـ الجمل الفتي ـ فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره ، فرجع إليه أبو رافع فقال يا رسول الله : لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً ، فقال : «أعطه ، فإن خير الناس أحسنهم قضاء» رواه مسلم ١١ : ٣٦٠ .

وعن ابن مسعود : أن النبي ﷺ قال : ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة . رواه ابن ماجة ٢ : ٨١٢ .

وعن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : (رأيت ليلة أسرى بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر ، فقلت : يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال : لأن السائل يسأل ما عنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة) رواه ابن ماجة ٢ : ٨١٢ .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه : (أن النبي ﷺ قال : (من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا ، كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ٠ /صحيح البخاري ٢ : ٦٦ .

أحدهما : أنه يملك بالقبض[1] .

والثاني : أنه لا يملك إلا بالتصرف[2] .

= وورواه مسلم بلفظ : (من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا ، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة . ومن يسر على معسر ، يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه ، ومن سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له به طريقاً إلى الجنة وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله تعالى يتلون كتاب الله تعالى ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وحفتهم الملائكة ، وذكرهم الله فيمن عنده ، ومن بطأ به عمله ، لم يسرع به نسبه) . مسلم ١٦ : ١٣٥ .

وفي حديث طويل عن ابن عمر رضي الله عنه : (ومن فرج عن مسلم كربة ، فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ، ومن ستر مسلماً ، ستره الله يوم القيامة) رواه البخاري ومسلم : صحيح البخاري بحاشية السندي ٢ : ٦٦ .

وعن ابن الدرداء رضي الله عنه أنه قال : لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما .

القرض لغة : القطع والفرض في المكان المعدول عنه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال ﴾ الكهف . وقرضت الوادي : جزته ، وقرض فلان : مات ، وقرضت الشعر : نظمته قال ابن دريد : (وليس في الكلام : يقرض على وزن ينصر البتة ، وإنما الكلام على وزن يضرب) .

والقرض : ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه ، والجمع قروض ، واستقرض ، طلب القرض ، واقترض : أخذه ، ولأنه قطع له من ماله قطعة .

(١) لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض ، فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيواناً فنفقته بعد القبض على المستقرض ، فإن اقترض أباه وقبضه ، عتق عليه .

(٢) أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة ، والإتلاف ، لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقترض أن يرجع فيه بغير رضاه ، فعلى هذا تكون نفقته على المقترض ، فإن اقترض أباه ، لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه/ المهذب للشيرازي ١٧٩/١٢ .

(فأما)[1] حكم الرجوع والرد :

(فمنصوص)[2] الشافعي رحمه الله: أن له أن يرجع فيما (أقرضه)[3].

ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: أنه يملك بالقبض، لم يكن له أن يلزمه رده عليه، وثبت حقه في بدله في ذمته.

والأول: أصح،

والمستقرض أن يرده وجهاً واحداً.

واختلف أصحابنا فيمن قدم طعاماً إلى غيره ليأكله، فأكله، على أربعة أوجه :

أحدها : أنه يملكه بالتناول[4] .

والثاني : أنه يملكه بتركه في فيه[5] .

والثالث : بالبلع .

والرابع : أنه يتلفه على ملك صاحبه[6] .

---

(١) (فأما) : في ب ، حـ وفي آ وأما.

(٢) (فمنصوص) في آ ، وفي ب فنص .

(٣) (أقرضه) : في حـ وفي آ ، ب أقرضه .

(٤) فإذا أخذ لقمة بيده ملكها ، كما إذا وهبه شيئاً وأقبضه إياه ، فعلى هذا : لو أراد المقدم أن يسترجعها منه بعد أن يأخذها بيده ، لم يكن له ذلك .

(٥) فعلى هذا للمقدم أن يرجع فيه ، ما لم يتركه المقدم إليه في فمه .

(٦) فإذا قلنا : أن المقدم إليه ملكه بأخذه باليد ، أو بتركه في الفم ، فهل له أن يبيح لغيره ، أو يتصرف فيه بغير ذلك ؟ فيه وجهان :

قال عامة أصحابنا : لا يجوز له ذلك ، لأنه أباح له انتفاعاً مخصوصاً ، فهل يجوز له أن ينتفع به بغيره كما لو أعاره ثوباً لم يكن له أن يعيره .

ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع، (ويضبط)[1] بالوصف[2]، وما لا يضبط بالوصف، في جواز قرضه وجهان :

أحدهما : أنه يجوز[3] .

والثاني : لا يجوز[4] .

قال الشيخ أبو نصر رحمه الله : وهذان الوجهان مبنيان على أن (ما لا مثل له)[5] بماذا يضمن في القرض، وفيه وجهان :

أحدهما : أنه يضمنه بمثله من جهة الصورة، فعلى هذا لا يصح القرض في الجواهر .

= وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : له أن يفعل به ما شاء من وجوه التصرفات ، مثل البيع والهبة لغيره ، لأنه ملكه ، فهو كما لو وهبه شيئاً وأقبضه إياه .

قال ابن الصباغ : وهذا الذي قالاه لا يجيء على أصولهما ، لأن من شرط الهبة عندهما : الإيجاب والقبول ، والأذن بالقبض إلا أن يتضمنها لقوله : ولم يوجد ذلك ها هنا ، ولأن الأذن بالتناول إنما تضمن إباحة ، الأكل ، فلا يصح أن يحصل به الملك ، ولو كان ذلك صحيحاً ، لجاز له تناول جميع الذي قدم إليه ويتصرف به إلى بيته ، وكذلك إذا قلنا : بتركه في فمه فإنه لم يحصل الأكل المأذون فيه ، وإنما يملكه بالبلع . قال : وعندي أن بالبلع يبطل معنى الملك فيه ، ويصير كالتالف . قال : والأوجه في ذلك أن يكون أذناً في الإتلاف ، لا تمليك فيه والله أعلم/المجموع ١٢ : ١٨٠ .

(١) (ويضبط) : في ب ، حـ وفي آ ويضبطه .

(٢) لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة ، فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم .

(٣) لأن ما لا مثل له ، يضمنه المستقرض بالقيمة ، والجواهر كغيرها في القيمة .

(٤) لأن القرض يقتضي رد المثل ، وما لا يضبط بالوصف لا مثل له .

(٥) (ما لا مثل له) : في ب ، حـ وفي آ لا مثل له .

والثاني : أنه يضمنه بالقيمة، فعلى هذا يصح قرض ما لا يضبط (بالوصف)[١] .

ولم يذكر الشيخ أبو حامد رحمه الله : في ذلك إلا وجهاً واحداً، أنه يصح ويضمن بالقيمة .

ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطئها، ولا يجوز لمن يحل له وطئها[٢].

وقال المزني رحمه الله ، وداود ، وابن جرير: إنه يجوز[٣] (إقراضها)[٤] مطلقاً .

---

(١) (بالوصف) : في ب ، حـ وفي آ بالو والباقي محذوف .

(٢) لأنه عقد يملك به المال ، فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع ، والهبة .

لأنه عقد أرفاق جائز من الطرفين ، فلا يستباح به الوطء ، كالعارية ، ويخالف البيع والهبة فإن الملك فيهما تام ، لأنه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك ، والملك في القرض غير تام ، لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ ، فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها ، أدى إلى الوطىء في ملك غير تام وذلك لا يجوز .

وإن أسلم جارية في جارية ففيه وجهان:

قال أبو إسحاق : لا يجوز ، لأنا لا نأمن أن يطأها ثم يردها عن التي تستحق عليه، فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم ردها.

ومن أصحابنا من قال : يجوز وهو المذهب ، لأن كل عقد صح في العبد بالعبد ، صح في الجارية بالجارية كالبيع .

(٣) لأنه عقد يملك به المال ، فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع ، والهبة .

(٤) (أقراضها) : في أ وفي ب ، حـ اقتراضها .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز قرض الحيوان (١).

ولا يجوز القرض إلا فيما له مثل، كالمكيل، والموزون (٢).

فإن أقرضه ما يحرم فيه الربا بالوزن، وكان مكيلاً (ففيه) (٣) وجهان :

أحدهما : يجوز.

والثاني : لا يجوز، وبه قال القاضي أبو حامد .

فأن اقترض رجل من رجل مالاً، ثم أن المقترض أهدى للمقرض هدية (جاز) (٤) له (٥) قبولها من غير كراهة، وكره ذلك ابن مسعود (٦)، وأجازه ابن عباس .

---

(١) لأن الحيوان من القيميات وليس من المثليات .

(٢) وهذا بلا خلاف ، قال ابن المنذر : إجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والأطعمة جائز/المغني لابن قدامة ٤ : ٣٥٠ .

(٣) (ففيه) : في ب ، حـ وفي آفيه .

(٤) (جاز) : في ب ، حـ وفي أ كان .

(٥) قال المحاملي وغيره من أصحابنا : يستحب للمستقرض أن يردَّ أجود مما أخذ للحديث الصحيح في ذلك ، ولا يكره للمقرض أخذ ذلك ، والحديث : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كان لرجل على النبي ﷺ سن من الإبل ، فجاء يتقاضاه ، فقال : أعطوه ، فطلبوا سنه ، فلم يجدوا إلا سناً فوقها فقال : (أعطوه) فقال : أوفيتني أوفاك الله ، فقال النبي ﷺ : (إن خيركم أحسنكم قضاء) متفق عليه ٠/ روضة الطالبين ٤ : ٣٧ صحيح مسلم ١١ : ٣٨ .

(٦) إن فعل ذلك بشرط كان أبلغ في التحريم ، وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله ، ولم يجز قبوله إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئاً =

فإن قال رجل لرجل : اقترض لي مائة درهم، ولك عشرة دراهم فقد كره ذلك إسحاق، (وأجازه)[1] أحمد[2] .

وعندنا: يجرى مجرى الجعاله[3] .

= جرت العادة به بينهما قبل القرض ، لما روى ابن سيرين : أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم ، فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه ، فردها عليه ولم يقبلها فأتاه أبي فقال : لقد علم أهل المدينة أني من أطيبهم ثمرة ، وأنه لا حاجة لنا ، فيم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل .

وعن زر بن حبيش قال : (قلت لأبي بن كعب : أن أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق ، فقال : إنك تأتي أرضاً فاش فيها الربا ، فإن أقرضت رجلاً قرضاً فأتاك بقرضك ومعه هدية ، فاقبض قرضك ، واردد عليه هديته) رواه الأثرم السنن الكبرى للبيهقي ٥ : ٣٤٩ .

وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال: (قدمت المدينة ، فلقيت عبد الله بن سلام ـ وذكر حديثاً ـ وفيه : ثم قال لي : إنك بأرض فيها الربا فاش ، فإذا كان لك على رجل دين فأهدي إليك حمل تبن ، أو حمل شعير ، أو حمل قت فلا تأخذ فإنه ربا . / صحيح البخاري بحاشية السندي ٤ : ٣١٥ .

روى ابن ماجة في سننه عن أنس قال قال : رسول الله ﷺ : (إذا أقرض أحدكم قرضاً ، فأهدى إليه ، أو حمله على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك) . سنن ابن ماجة ٢ : ٨١٣ .

المغني لابن قدامة ٤ : ٣٥٥ ـ ٣٥٦ .

(١) (وأجازه) : في ب ، حـ وفي آ واختاره .

(٢) لأن هذا جعالة على فعل مباح ، فجازت ، كما لو قال : ابن لي هذا الحائط ولك عشرة/المغني لابن قدامة المقدسي ٤ : ٣٥٩ .

(٣) قال الماوردي رحمه الله : ولو قال لغيره : اقترض لي مائة ولك عليَّ عشرة فهو جعاله ، فلو أن المأمور أقرضه من ماله لم يستحق العشرة . ولو قال لغيره : ادفع مائة قرضاً عليَّ (إلى وكيلي فلان ، فدفع ثم مات الآمر ، فليس للدافع مطالبة =

فإن قال رجل لرجل: أقرض فلاناً مائة درهم، وأنا لها ضامن.

ذكر في الحاوي: أن ذلك جائز، فإذا أقرضه، لزمه الضمان.

(قال الشيخ الإمام ايده الله[1] وهذا عندي: لا يجيء على أصلنا، لأنه ضمان قبل الوجوب، (وقبل سببه)[2]، وليس بوكيل لفلان فيه.

فإن شرط في القرض أن يرد عليه دون ما دفع إليه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز، كما لا يجوز أن (يشترط)[3] أن يدفع إليه أجود (منه)[4].

والثاني: أنه يجوز[5].

فإن عرف لرجل عادة في القرض أن يقضي خيراً مما أخذ، ويزيد عليه، ففيه وجهان:

= الآخذ، لأنه لم يأخذه لنفسه، وإنما هو وكيل عن الآمر وقد انتهت وكالته بموته، وليس للآخذ الرد عليه فإن رد، ضمنه للورثة، حق الدافع يتعلق بتركة الميت عموماً، لا بما دفع خصوصاً لأن الحق قد انتقل للغير.

مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢ : ١٢ - ١٢١.

(١) (قال الشيخ الإمام أيده الله): ساقطة من أ، ب وموجودة في حـ وهو الصحيح.

(٢) (وقبل سببه): في أ، حـ وفي أ وقيل سنة.

(٣) (يشترط): في أ، حـ وفي ب يشرط.

(٤) (منه): في آ، ب وساقطة من حـ.

لأن مقتضى القرض رد المثل، فإذا شرط النقصان عما أقرضه، فقد شرط ما ينافي مقتضاه، فلم يجز كما لو شرط الزيادة/المهذب للشيرازي ١٢ : ١٨٣.

(٥) لأن القرض جعل رفقاً بالمستقرض، وشرط الزيادة، يخرج به عن موضوعه، فلم يجز، وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز. =

المذهب : أنه يجوز[1].

والثاني : لا يجوز[2] .

ومن أصحابنا : من حكى الوجهين في كراهة إقراضه .

ومن أصحابنا من قال: إنما يحرم شرط الزيادة فيما يحرم فيه الربا دون ما لا يحرم الربا فيه، وهذا ليس بشي .

ويجوز أخذ الرهن، والضمين بالقرض، إذا قلنا: أنه يضمن بالمثل وإن قلنا: أنه يضمن بالقيمة، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يجوز أخذ الرهن به، إذا قلنا: يضمن بقيمته وقت الأخذ[3].

= فإن بدأ المستقرض فزاده ، أو رد عليه ما هو أجود منه ، أو كتب له سفتجه (كمبيالة) أو باع منه داره، جاز، لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال: استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكراً، فجاءته إبل الصدقة فأمرني أن أقضي الرجل بكراً ، فقلت : لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال النبي ﷺ : أعطه ، فإن خياركم أحسنكم قضاء ./ صحيح مسلم ١١ : ٣٦ وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : (كان لي على رسول الله ﷺ حق فقضاني وزادني) . رواه البخاري في الصحيح عن خلاد بن يحي وثابت الزاهد .

(١) وهو المذهب ، لأن الزيادة مندوب إليها ، فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد .

(٢) لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل ، لأن المتعارف كالمشروط ، ولو شرط الزيادة ، لم يجز فكذلك إذا عرف بالعادة .

وفي القرض وجهان :

أحدهما : أنه يبطل لما روي أن النبي ﷺ قال : (كل قرض جر منفعة فهو ربا ، السنن الكبرى للبيهقي ٥ : ٣٥٠ .

ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط ، فوجب أن لا يسلم القرض .

والثاني : أنه يصح ، لأن القصد منه الإرفاق، فإذا زال الشرط بقي الارفاق المهذب للشيرازي ١٢ : ١٨٣ .

(٣) وللمقرض شرط رهن وكفيل ، وإشهاد ، وإقرار به عند حاكم ، لأن ذلك توثقة =

والثاني : أنه لا يصح إذا قلنا: يضمن بأكثر القيمتين، هذا فاسد، ولا وجه للتضمين بأكثر الأمرين (في القرض)[1]، وإنما يصح أخذ الرهن إذا عرفا القيمة، والمثل، (فأما[2] مع الجهالة فلا يجوز.

فإن شرط في القرض شرطاً فاسداً، بطل الشرط، وفي القرض وجهان :

أصحهما: أنه يبطل .

والثاني : أنه يصح .

ويجوز قرض الخبز وفيما يرد (عليه)[3] وجهان:

أحدهما : أنه يرد عليه (مثله)[4].

والثاني: أنه يرد عليه قيمته[5] .

وعلى قول أبي حنيفة: لا يصح قرض الخبز.

وقال أبو يوسف: يجوز (قرض الخبز)[6] وزناً .

= للعقد لا زيادة فيه ، فله إذا لم يوفّ المقترض به الفسخ ، على قياس ما ذكر في اشتراطها في البيع وإن كان لـه الرجوع بلا شرط ، لأنه يبقى رجوع بلا سبب/مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢ : ١٢٠ .

(١) (في القرض) : في أ ، حـ وساقطة من ب .

(٢) (فأما) : في ب وفي حـ وأما .

(٣) (عليه) : في آ ، ب وفي حـ عنه .

(٤) (مثله) : في آ ، حـ وفي ب قيمته والأول هو الصحيح .

(٥) (والثاني : أنه يرد عليه قيمته) : ساقطة من ب وموجودة في أ ، حـ .

(٦) (قرض الخبز) : في آ ، حـ وفي ب قرضه .

وقال محمد: يجوز عدداً .

ـ فإن قلنا: يرد القيمة، فشرط أن يرد عليه الخبز، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز[1] .

والثاني : لا يجوز[2] .

والشيخ الإمام أبو إسحاق رحمه الله: ذكر أنا إذا قلنا : يجوز اقتراض ما لا مثل له فاقترض الخبز فماذا يرد؟ فيه وجهان :

وإذا كان له على رجل دين حال من قرض، أو غيره، فأجله، لم يتأجل .

وقال أبو حنيفة : إن كان ثمناً (تأجل بالتأجيل)[3] .

وقال مالك : يثبت التأجيل في القرض أيضاً .

وغلط بعض أصحابنا من (كلام)[4] الشافعي رحمه الله: فذهب إلى جوازه وليس بشيء .

وحكم (عوض)[5] القرض، حكم رأس المال في السلم بعد فسخه في قبضه وأخذ العوض عنه[6] .

---

(١) لأن مبناه على الرفق ، فلو منعناه من رد الخبز ، شق وضاق .

(٢) لأنه إذا شرط ، صار بيع الخبز بخبز وذلك لا يجوز .

(٣) (تأجل بالتأجيل) : في ب ، حـ وفي ا بأجل التأجيل .

(٤) (كلام) : في آ ، حـ وساقطة من ب .

(٥) (عوض) : في حـ وفي آ ، ب عرض والأول هو الصحيح .

(٦) أي أنه يجوز ، لأن ملكه عليه مستقر ، فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة ، وحكمه في اعتبار القبض في المجلس ، حكم ما يأخذه ، بدلاً عن رأس مال السلم بعد الفسخ ، وقد بيناه والله أعلم .

كتـاب

الرهن[1]

(يجوز أخذ الرهن)[2]

(١) تعريف الرهن لغة : رهن الشيء يرهن رهوناً ، ثبت ودام فهـو راهن ورهنت المتاع بالدين رهناً ،حبسته فهو مرهون ، وقيل : الحبس مطلقاً سواء كان حبساً كحبس الأعيان ، أو معنوياً ، كحبس النفوس عن شهواتها بـالصيام ونحـوه ، وحبسها بما اقترفته من الجرائم والآثام / المصباح المنير ١ : ٣٧١ـ ٣٧٢ . قال الله تعالى : ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ سورة المدثر ٣٨ ، أي محبوسة ، لأن المحبوس ثابت في مكان لا يزيله ، وقال جلا وعلا ﴿كل امرىء بما كسب رهين﴾ سورة الطور : ٢١ أي حبس ، وقال الشاعر :

وفـارقتـك بـرهن لا فكـاك لـه ... يوم الوداع فأضحى الرهن قد علقا

وتعريفة شرعاً : حبس شيء مالي بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً /درر الحكام في شرح غرر الأحكـام ٢ : ٢٤٨ ، ومجمع الأنهـر ٢ : ٨٥٤ ، وابن عـابدين ٦ : ٤٧٧ . والمـالكيـة : بلغـة السـالـك ٢ : ١٠٨ . والـدسوقي على الشـرح الكبير ٣ : ٢٣١ ، والشـافعية : فتـح الوهـاب ١ : ١٩٢ ،والمغني المحتاج ٢ : ١٢١ ، والبجيرمي ٢ : ٣٥٧ ، والحنابلة :كشاف القناع ٣ : ٣٢٠ ، والمغني لابن قدامة ٤ : ٢٤٥ .

= والشيعة الإمامية : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية : ٤ : ٥١ ط النجف الأشرف .

أركان الرهن :

أركان الرهن أثنان ، وهما الإيجاب والقبول ، كأن يقول الراهن : رهنتك هذه السيارة بما لك علي من الدين ، ويقول المرتهن : قبلت ورضيت . وذكر الشربيني الخطيب : أن أركان الرهن أربعة : صيغه ، وعاقد ، ومرهون ومرهون به : مغني المحتاج ٢ : ١٢١ .

وليس للإيجاب والقبول ألفاظ مخصوصة ، بل كل لفظين يدلان على حبس العين للتوثق من استيفاء الدين يصلحان إيجاباً وقبولاً ، فلو اشترى ماتوراً لتوليد طاقة كهربائية وقال له : إجعل هذه السيارة عندك حتى أعطيك الثمن ، فأخذ السيارة فإنها تكون رهناً ، وذلك لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني ، وقيل : إن الركن : هو الإيجاب فقط ، على أساس أن الرهن يلحق بعقود التبرعات ، لأنه عقد غير لازم :/ حاشية ابن عابدين ٦ : ٤٧٨ ـ ٤٧٩ ، ودور الحكام ٢ : ٢٤٨ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٨٤ .

أصل مشروعيته :

ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع .

أ الكتاب : قوله تعالى : ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهن مقبوضه﴾ سورة البقرة ٢٨٣ وتقرأ فرهان وهو أمر بصيغة الخبر ، لأنه معطوف على قوله تعالى : (فاكتبوه) ومعطوف أيضاً على قوله : ﴿واشهدوا إذا تبايعتم﴾ وأدنى ما يثبت بصيغة الأمر الجواز / المبسوط للسرخسي ٢١ : ٦٣ ، وكشاف القناع ٣ : ٣٢١ .

السنة :

١ ـ فقد روت عائشة رضي الله عنها (أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه / متفق عليه . اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٥٦ ، ومسلم ١١ : ٣٩ ـ ٤٠ ، والبخاري بهامش فتح الباري ٦ : ٦٧ ، وأنظر المبسوط ٢١ : ٦٤ ، والمغني لابن قدامة ٤ : ٢٤٥ .

٢ ـ روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (الظهر يركب =

على الدين في السفر[1] والحضر[2] .

= بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته ، إذا كان مرهوناً وعلى ذلك يركب ويشرب بالنفقة) رواه البخاري أنظر البخاري بهامش فتح الباري ٦ : ٦٩ ، وانظر المغني لابن قدامة ٤ : ٢٤٥ .

٣- وعن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : (لا يغلق الرهن) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٩ .

٤ - وفي حديث أسماء بنت يزيد أن رسول الله ﷺ توفي ودرعه مرهون عند يهودي بوسق من شعير / نيل الأوطار ٥ : ٢٤٧ رواه البخاري ومسلم . أنظر المبسوط للسرخسي ٢١ : ٣٤، فتح الباري ٦: ٩٧.

٥ - وعن ابن عباس وأنس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ رهن درعه ليهودي ، فما وجد ما يفتكه حتى توفي / صلوات الله وسلامه عليه . وجاء اليهودي في أيام التعزية يطالب بحقه ليغيظ المسلمين به / أنظر المبسوط للسرخسي ٢١ : ٦٤ ، فتح الباري ٦: ٩٩ ، وسن ابن ماجه ٢ : ٨١٥ .

صفته :

وصفته أنه عقد جائز غير لازم قبل التسليم ، لأنه عقد تبرع ، وذلك أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً ، ولهذا يجوز للراهن فسخه وإمضاؤه قبل التسليم كما في الهبة ، فإذا فسخه جاز للدائن الذي اشترط أخذ الرهن أن يفسخ العقد الذي يترتب عليه هذا الرهن ، وإذا سلمه تم العقد ولزم من جانب الراهن ، لا من جانب المرتهن : حاشية ابن عابدين : ٦ : ٤٧٨ - ٤٧٩ ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام ٢ : ٢٤٨ ، وانظر كتابنا نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ٢ : ١٥٤ - ١٦٢ .

(٢) (يجوز الرهن) : في أ ، ب وفي حـ يجوز أخذ الرهن .

(١) لقوله عز وجل : ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ ، والسفر أيضاً مظنة فقد الكتاب ، فلا يحتاج إلى الرهن غالباً إلا فيه .

(٢) لما روى أنس رضي الله عنه : (أن النبي ﷺ رهن درعاً عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شبرا لأهله) وقوله : عند يهودي هو : كما بينه الشافعي والبيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه (أن النبي ﷺ رهن درعاً عند أبي الشحم =

= اليهودي رجل من بني ظفر في شعير) وأبـو الشحم بفتح المعجمـة وسكون المهملة كنية ، وظفر بفتح الظـاء والفاء بطن من الأوس، وكان حليفاً لهم .

وفي الحديث الذي روته عائشة رضي الله عنهما عنـد البخاري ومسلم ولأحمد والنسائي وابن ماجه مثله (توفي ﷺ ودرعه مرهونه عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير ، وفي رواية للترمذي والنسائي من هذا الوجه (بعشرين) وقال في فتح الباري لعله كان دون الثلاثين ، فجبر الكسر تاره والغي الجبر أخرى . السن الكبرى للبيهقي ٣٦/٦ ، والنسائي ٧ : ٢٥٤ .

ودليلنا على جوازه في الحضر ما روي : أن النبي ﷺ اقترض من أبي الشحم اليهودي ثلاثين صاعاً من شعير لأهله بعد ما عاد من غزوة تبوك بالمدينة ، ورهن عنده درعه ، فكانت قيمتها أربعمائة درهم ./ أنـظر نيل الأوطـار ٥ : ٣٤٧ .

ففي هذا الخبر فوائد :

منها : جواز الرهن ، لأن النبي ﷺ رهن .

ومنها : جواز الرهن في الحضر ، لأن ذلك كان بالمدينة ، وكانت موطن النبي ﷺ .

ومنها : أنه يجوز معاملة من في ماله حلال وحرام إذا لم يعلم عين الحلال والحرام ، لأن النبي ﷺ عامل اليهودي ، ومعلوم أن اليهود يتسحلون ثمن الخمر ويربون .

ومنها : أن الرهن لا ينفسخ بموت الراهن ، لأن النبي ﷺ مات ودرعه مرهونة .

ومنها : أن الابراء يصح وإن يقبل المبرأ ، لأن النبي ﷺ لم يعدل عن معاملة مياسير الصحابة رضي الله عنهم وأرضاهم ، مثل عثمان ، وعبد الرحمن رضي الله عنهما وأرضاهما ، إلا لأنه كان يعلم أنه لو استقرض منهم أبروه، فلو كانت البراءة لا تصح إلا بقبول المبرأ ، لكان لا تقبل البراءة ، فعدل النبي ﷺ إلى اليهودي الذي يعلم أنه يطالب بحقه ، ولأنه وثيقة في السفر ، فجازت في الحضر كالضمان والشهادة : العمراني في البيان . وقال ابن المنذر : لا نعلم =

وحكي عن مجاهد وداود أنهما قالا (لا يجوز)[1] الرهن في الحضر[2].

ولا يجوز أخذ الرهن على نجوم الكتابة[3].

= أحداً خالف في الرهن في الحضر إلا مجاهد قال: ليس الرهن إلا في السفر، لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن. قال الشافعي رحمه الله، بعد أن ساق قوله تعلى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فأكتبوه، وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾ سورة البقرة ٢٨٢ وقول تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ سورة البقرة ٢٨٣. قال: فكان بيناً في الآية الأمر بالكتاب في الحضر والسفر، وذكر الله تبارك وتعالى الرهن إذا كانوا مسافرين ولم يجدوا كاتباً، فكان معقولاً - والله أعلم - فيها أنهم أمروا بالكتاب والرهن احتياطاً لمالك الحق بالوثيقة، والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكر، لا أنه فرض عليهم أن يكتبوا، ولا أن يأخذوا رهناً لقول الله عز وجل ﴿فإن أمن بعضكم بعضا﴾ فكان معقولاً أن، الوثيقة في الحق في السفر والاعواز غير محرمه في الحضر وغير الاعواز، ولا بأس بالرهن في الحق الحال والدين في الحضر والسفر وما قلت من هذا مما لا أعلم فيه خلافاً أورد أحاديث رهن النبي ﷺ درعه عند أبي الشحم ثم قال: والدين حق لازم، فكل حق مما يملك، أو لزم بوجه من الوجوه، جاز الرهن فيه ولا يجوز الرهن فيما لا يلزم فلو أدعى رجل على رجل حقاً فأنكره وصالحه ورهنه به رهناً كان الرهن مفسوخاً، لأنه لا يلزم الصلح على الإنكار) المجموع ١٢ : ١٩٠ - ١٩١.

(١) (لا يجوز): في ب، حـ وفي آ يجوز.

(٢) وهذا رأي مجاهد وداود والضحاك، وأهل الظاهر: لا يشرع إلا في السفر، حيث لا يوجد الكاتب، إلا أن الأحاديث ترد عليهم.

وقال ابن حزم: إن شرط المرتهن الرهن في الحضر، لم يكن له ذلك، وإن تبرع به الراهن، جاز وحمل أحاديث الباب على ذلك.

(٣) لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال ومنفعه وعضو، =

وقال أبو حنيفة : يجوز.

وفي أخـذ الرهن على الجعـل في الجُحالـة قبل (العمـل)[1] وجهان .

أحدهما : لا يجوز، وهو اختيار القاضي أبي الطيب رحمه الله، وقول أبي علي الطبري[2] .

والثاني : يجوز[3] .

وهل يجوز على مال السبق، والرمي؟ فيه قولان :

ـ إن قلنا : إنه (إجارة)[4]، جاز .

ـ وإن قلنا : إنه جعاله، فعلى وجهين[5] .

والأعيان المغصوبة[6]، لا يجوز أخذ الرهن عليها .

= والمعوض في الكتابة هو الرقبة ، وهي باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء ، فلا حاجة به إلى الرهن ، ولأن الرهن إنما يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل ، والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقـة / المهذب للشيرازي ١٢ : ١٩٤ .

(١) (العمل) : في آ وفي ب ، حـ الرد والأول هو الصحيح أنظر المهذب ١٢ : ١٩٤ .

(٢) لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مال شرط في عقد لا يلزم ، فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة .

(٣) لأنه دين يؤول إلى اللزوم ، فجاز أخذ الرهن به ، كالثمن في مدة الخيار .

(٤) (إجارة) : في ب ، حـ وفي أ أجازه ، أي فيجوز أخذ الرهن به .

(٥) أي الوجهين في الجعالة .

(٦) الأعيان المغصوبة ، والمسروق ، والعارية ، والمأخوذ على وجه السوم ، لا يجوز ـ

وقال أبو حنيفة : كل عين مضمونة بالمثل، أو القيمة، يجوز أخذ الرهن عليها، وكذلك المهر، وعوض الخلع، والعوض في الصلح عن دم العمد إذا كان ذلك عيناً (يجوز عنده أخذ الرهن عليها) (١).

(فأما) (٢) أخذ الرهن على نفقة الزوجة، والضمان لها، فيه قولان، بناء على القولين في وجوبها بنفس العقد .

ولا يجوز شرط الرهن قبل ثبوت الحق، ولا ينعقد به (٣).

= أخذ الرهن عليها، لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلف ، لم يصح ، لأنه رهن على دين قبل ثبوته ، وإن رهن على عينها ، لم يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن / المهذب ١٢ : ١٩٧ .

(١) (يجوز عنده أخذ الرهن عليها) في ب ، حـ وفي أ عنده ، يجوز أخذ الرهن عليها .

والحاصل عند الحنفية : أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين ، والأول صحيح بكل حال .

والثاني : إما أن يكون بعين مضمون أولاً . والثاني غير صحيح كما في الودائع والعواري ، والمضاربات والشركات .

والأول : إما أن يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، أو يكون مضموناً بغيرها ، وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع ، فإنه مضمون بالثمن ـ وإذا ظهر ذلك : فقوله : ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون ، يشكل عليه الأعيان المضمونة بنفسها ، فإن الرهن بها صحيح ، ولا دين ثمة :/ فتح القدير ، ٧ : ٧٤ط دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان .

(٢) (فأما) : في ب حـ وفي أ وأما .

(٣) لأن الرهن تابع للدين ، فلا يجوز شرطه قبله ، أما بعد ثبوت الدين ، فيجوز وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع ، ويعوض القرض بعد القرض ، ويجوز عقده مع =

وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجوز شرطه قبل ثبوته .

ولا يلزم الرهن من جهة الراهن إلا بالقبض[1] .

وقال مالك : يلزم بمجرد الإيجاب والقبول[2]

وقال أحمد : إن لم يكن كيلاً ، أو موزوناً ، لزم بالعقد[3] .

ولا يصح القبض إلا بإذن الراهن[4]، فإن كان في يد المرتهن فقد

= العقد على الدين ، وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته / المهذب ١٢ : ١٩٦.

(١) والدليل عليه قوله عز وجل : ﴿فرهان مقبوضة﴾ فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يلزم إلا به ، ولأنه عقد أرفاق يفتقر إلى القبول ، والقبض ، فلم يلزم من غير قبض كالهبة .

(٢) فمتى رهن شيئاً ، أجبر على اقباضه ، وكذلك قال في الهبة .

(٣) وقبضه إنما يكون بالتخلية بين مرتهنه ، وبينه من غير حائل ، بأن يفتح له باب الدار ، أو يسلم إليه مفتاحها ، وإن خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم ، لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالتمرة في الشجرة . أما إذا كان منقولاً ، فقبضه نقله أو تناوله ، وإن كان اثماناً أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها ، وإن كان مكيلاً رهنه بالكيل ، أو موزوناً رهنه بالوزن ، فقبضه اكتياله أو اتزانه ، لقول النبي ﷺ : (إذا سميت الكيل فكل) الفتح الكبير ١ : ١٢٣ . وإن ارتهن الصبرة جزافاً، أو كان ثياباً ، أو حيواناً فقبضه نقله لقول ابن عمر : (كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً ، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه) متفق عليه / صحيح مسلم ١٠ : ١٧٠ المغني لابن قدامة ٤ : ٣٦٨ .

(٤) لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض ، فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه فإن كان في يد المرتهن فقد قال في الرهن : إنه لا يصير مقبوضاً بحكم الرهن إلا بإذن الراهن . =

قال في موضع: لا يصير مقبوضاً بحكم الرهن (إلا بإذن)[1] .

وقال في الهبة: إذا وهب له عيناً في يده، صار مقبوضاً من غير أذن .

فمن أصحابنا: من جعل (المسألتين)[2] على قولين .

أصحهما : أنه يفتقر إلى الإذن فيهما[3] .

ومنهم : من فرق بينهما.

والأول : أصح .

ومنهم: من قال: المسألتان على قول واحد (لأنه)[4] لا بد فيهما من الإذن في القبض، وفي الهبة، أراد إذا أذن له في القبض .

فإذا أذن له في القبض لما في يده، لم يصر مقبوضاً حتى يمضي زمان يتأتى فيه القبض .

وقال في حرمله : لا يحتاج إلى ذلك، ويصير مقبوضاً بنفس

= وقال في الاقرار والمواهب :إذا وهب له عيناً في يده ، صارت مقبوضة من غير إذن .

(١) (إلا بإذن) : في آ ، حـ وفي ب بالاذن / والمراد : إلا بإذن الراهن .

(٢) (المسألتين) : في ب ،حـ وفي آ المسلمين .

(٣) لأنه عقد يفتقر لزومه إلى القبض ، فافتقر القبض إلى الاذن ، كما لو لم تكن العين في يده .

والقول الثاني : لا يفتقر واحد منهما إلى الاذن في القبض لأنه لما يفتقر إلى نقل مستأنف ، لم يفتقر إلى إذن مستأنف .

(٤) (لأنه) : في آ ، ب وفي حـ أنه .

العقد[1] فإن كان المرهون غائباً، اعتبر أن يمضي المـرتهن أو وكيله ويشاهده ثم يمضي زمان (يمكن)[2] فيه القبض .

قال أبو إسحاق: إن كان مما ينتقل كالحيوان، لم يصر مقبوضاً إلا أن يمضي إليه[3].

وغيره : لا يعتبر المضي إليه، بل يعتبر أن (يمضي) زمان[4] لو أراد أن يمضي إليه، ويقبض، أمكنه .

ومن أصحابنا من قال: إن أخبره ثقة أنه باق على صفته، ومضى زمان (يتأتى)[5] فيه القبض، صار مقبوضاً، كما لو (رآه)[6] وكيله .

والمنصوص : هو الأول[7] .

---

(١) والمذهب الأول : لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء ، أو التمكين من الاستيفاء ولهذالو استأجر دارا لم يحصل له القبض في منافعها إلا بالاستيفاء أو يمضي زمان يتأتى فيه الاستيفاء .

(٢) (يمكن) في حـ وفي آ ، ب يكن .

(٣) لأنه لا يجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه ، فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذي يمكن المضي فيه إليه من موضع الاذن إلى موضع القبض .

(٤) (أن يمضي) : فـ ب ، حـ وساقطة من أ .

(٥) (يتأتى) : في حـ وفي آ ، ب يتأتى . أي ما لا ينتقل ، فإنه لا يحتاج إلى المضي إليه .

(٦) (رآه) : في ب ، حـ وفي آ أراه.

(٧) وما قاله أبو إسحاق لا يصح، لأنه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان، فلا يتحقق زمان إلا مكان، ففي غير الحيوان، يجوز أن يكون قد أخذ أو هلك. /المهذب ١٢: ٢٠٠.

(فإن)[1] وكل المرتهن (عبد)[2] الراهن في قبض الرهن له .

فقد ذكر في الحاوي : أنه لا يصح .

(قال الشيخ الإمام وهذا عندي)[3] فيه نظر، (لأن يد)[4] العبد يد المولى فيما (لم يعرف)[5] جهة يده فيه، فينبغي أن يصح قبضه له سيما إذا كان بإذن مولاه .

إذا شرط أن يكون الرهن على يد عدل، وقبضه العدل، لزم الرهن.

وحكي عن ابن أبي ليلى، وداود : أنه لا يصح وضعه على يد عدل[6] .

فإن رهنه، ثم دبره قبل القبض .

فقد قال في الأم : هو رجوع عن الرهن[7] .

---

(١) (فإن): في ب، وفي آ وإن.

(٢) (عبد): في ب، حـ وفي آ عند.

(٣) (قال الشيخ الإمام: وهذا عندي): في حـ وفي آ، ب وهذا عندي.

(٤) (لأن يد): في ب، حـ وفي آ لأن فقط.

(٥) (لم يعرف): في آ، حـ وفي ب لا يعرف.

(٦) وفي رواية بدل ابن أبي ليلى مالك رضي الله عنه، لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق، فانعدم القبض، يعني إذا هلك الرهن في يد العدل، ثم استحق وضمن العدل قيمته، يرجع على الراهن بما ضمن، ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع، وهو كالمودع إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق، فإنه يرجع على المودع، لأن يده يد مودعه. الهداية والعناية على الهداية /شرح فتح القدير ٧: ١٠٤.

(٧) فإن دبره قبل أن يقبض، كان فسخاً للرهن على المنصوص.

وقال الربيع : فيه قول آخر : أنه لا يكون رجوعاً، وهذا من تخريجه.

والأول : أصح (١).

---

(١) مسألة رهن العبد: قال الشافعي رحمه الله: (ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً) وجملة ذلك أنه إذا قال لعبده: إذا مت فأنت حر ثم رهنه بعد، فاختلف أصحابنا في صحة الرهن على ثلاث طرق:

فمنهم من قال: إن قلنا: إن التدبير وصية، صح الرهن وبطل التدبير لأن الوصية يجوز الرجوع فيها بالقول، فجعل الرهن رجوعاً.

وإن قلنا: إن التدبير عتق بصفة لم يصح، لأنه لا يصح الرجوع فيه، إلا بتصرف يزيل الملك، قالوا: وقول الشافعي: كان الرهن مفسوخاً، أراد على هذا القول.

ومنهم من قال: لا يصح الرهن قولاً واحداً، وعليه يدل ظاهر قوله في الأم، لأنه قال: إذا دبر عبده ثم رهنه، كان الرهن مفسوخاً، ولو قال: كنت رجعت قبل الرهن عن التدبير، فهل يصح الرهن؟ فيه قولان، وهذا نص في أنه لا يصح الرهن قبل الرجوع قولاً واحداً ولأنا وإن قلنا إن التدبير وصية ـ إلا أنه أقوى من الوصية بدليل أنه يتحرر بالموت من غير قبول بخلاف الوصية.

ومنهم من قال: يصح الرهن قولاً واحداً، ولايبطل التدبير، لأن الشافعي رحمه الله قال: كل ما جاز بيعه، جازرهنه كالمدبر يجوز بيعه قولاً واحداً، فكذلك رهنه.

قال ابن الصباغ: والطريقة الأولى أصح. (والثانية) ظاهر كالأمة. (والثالثة) مخالفة للنص والقياس.

ـ فإذا قلنا: بالطريقة الأولى، وأن الرهن يصح ـ إذا قلنا: إن التدبير وصية ـ فإن التدبير يبطل، وهو اختيار المزني، فإن قضى الحق من غيره، فلا كلام ولم يعتق العبد بالموت إلا بتدبير ثانٍ أو عتق، وإن لم يقضه من غيره، بيع العبد في الدين.

ـ وإن قلنا: بالطريقة الثانية: إن الرهن صحيح نظرت: فإن حل الحق وقضى الحق من غير الرهن بقي العبد في الدين، وإن لم يختر الرجوع فيه، فإن =

(فإن)[1] رهن ما رهنه، ولم يقبضه، أو وهبه، كان رجوعاً على المنصوص، وعلى ما ذكره الربيع، لا يكون رجوعاً .

وإن مات أحد المتراهنيين قبل القبض .

فقد قال الشافعي رحمه الله : إذا مات المرتهن، لم ينفسخ الرهن، وقال في التفليس: إذا مات الراهن لم يكم للمرتهن قبض الرهن .

فمنهم: من جعل المسألة على قولين .

ومنهم: من فرق بينهما (فأبطله)[2] بموت الراهن دون المرتهن. ومنهم من قال : لا يبطل بموت واحد منهم قولاً واحداً[3] .

= كان له مال غير العبد، أجبر على قضاء الدين وبقي العبد على التدبير، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان:

من أصحابنا من قال: بحكم بفساد الرهن، لأنا إنما صححنا الرهن رجاء أن يرجع في التدبير فيباع.

وتأويل قول الشافعي: (كان الرهن مفسوخاً) على هذا الموضع.

ومنهم من قال: يباع في الدين وهو الصحيح، لأنه إذا حكمنا بصحة الرهن لم يتعقبه الفساد بامتناع الراهن، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين /المجموع ١٢: ٢١٥.

(١) (فإن): في ب، حـ وفي أ وإن.

(٢) (فأبطله): في حـ وفي آ إذا أبطله.

(٣) (فأبطله. . . . واحداً) ساقطة من ب ووضع بدلها فأبطله بموت واحد منهم قولاً واحداً، هذه المسألة لخصها الشاشي من المهذب للشيرازي، ويظهر لي اضطراب في تلخيصه رحمه الله وكتابه يذكر المسألة كالتالي: (وإن مات أحد المتراهنين فقد قال في الرهن: إذا مات المرتهن لم ينفسخ، وقال في التفليس إذا مات الراهن، لم يكن للمرتهن قبض الرهن. =

فأما إذا رهن ثم جن، فالمذهب أن الرهن لا يبطل.

وحكى عن أبي إسحاق: أنه يبطل بالجنون، والاغماء، والموت.

وحكى الماسرجسي: أن أبا إسحٰق رجع (عن ذلك)[1].

= فمن أصحابنا: من جعل ما قال في التفليس قولاً آخر، إن الرهن ينفسخ بموت الراهن، ونقل جوابه فيه إلى المرتهن، وجوابه في المرتهن إليه. وجعلهما على قولين.

أحدهما: ينفسخ بموتهما، لأنه عقد لا يلزم بمال، فانفسخ بموت العاقد، كالوكالة والشركة.

والثاني: لاينفسخ، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم، فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار.

ومنهم من قال: يبطل بموت الراهن، ولا يبطل بموت المرتهن، لأن بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة، فلا حاجة إلى بقاء الرهن، وبموت المرتهن لا يحل الدين، فالحاجة باقية إلى بقاء الرهن.

ومنهم من قال: لا يبطل بموت واحد منهما قولاً واحداً، لأنه إذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه والعقد غير لازم في حقه بحال، فلأن لا يبطل بموت الراهن، والعقد لازم له بعد القبض أولى، وما قال في التفليس، لا حجة فيه، لأنه لم يرد أن الرهن ينفسخ، وإنما أراد أنه إذا مات الراهن، لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير إذن الورثة. المهذب ١٢: ٢٠٥ ـ ٢٠٦.

(١) (عن ذلك): في أ، حـ وساقطة في ب.

بـــاب
ما يجوز رهنه وما لا يجوز[1]

إذا رهن ما يسرع إليه الفساد من الأطعمة والفواكهة بدين مؤجل[2] يفسد قبل حلوله مطلقاً من غير شرط البيع عند خوف الفساد، (ففيه)[3] قولان:

أصحهما: أنه لا يصح[4].

---

(١) ما لا يجوز بيعه، كالوقف، وأم الولد، والكلب، والخنزير، لا يجوز رهنه، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفي الحق منه، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه، فلم يصح رهنه /المهذب ١٢ : ٢١٢.

(٢) يجوز الرهن بها بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فساده، لأنه يمكن بيعه، واستيفاء الحق من ثمنه. المهذب ١٢: ٢١٢.

(٣) (ففيه: في ب، حـ وفي أ فيه).

(٤) وهو الصحيح، لأنه لا يمكن بيعه بالدين في محله، فلم يجز رهنه كأم الولد.

والثاني : أنه يصح (وإذا) [١] خيف عليه، أجبر على بيعه وجعل ثمنه رهناً [٢]

وإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجرة، ففيه طريقان :

من أصحابنا من قال : فيه قولان [٣] .
ومنهم من قال: (يصح) [٤] قولاً واحداً [٥] .

فإن رهنه عبداً قد علق عتقه بصفة توجد (قبل محل) [٦] الدين لم يصح رهنه [٧] .

وقال أبو علي الطبري : إذا قلنا: يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد، جاز رهنه. وإن علق عتقه على صفة .

وإن علق عتقه على صفة يجوز أن (توجد) [٨]، ويجوز (أن لا

---

(١) (وإذا): في أ، ب وفي حـ فإذا.

(٢) لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط، والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده فيصير كما لو شرط ذلك، ولو شرط ذلك، جاز رهنه، فكذلك إذا أطلق /المهذب للشيرازي ١٢ : ٢١٢ .

(٣) كما لو أفرده، بالعقد.

(٤) (يصح): في آ، ب وفي حـ لا يصح، والصواب الأول.

(٥) لأنه تابع للشجر، فإذا هلكت الثمرة، بقيت الشجرة.

(٦) (قبل محل): في ب، حـ وفي آ قبل حلول الأول أصح انظر المهذب ١٢: ٢١٣.

(٧) لأنه لا يمكن بيعه في الدين.

(٨) (توجد): في ب، حـ وفي آ يوجد، أي توجد قبل محل الدين.

توجد)[1] ففي جواز رهنه قولان[2]:

واختلف أصحابنا في رهن المدبر.

(فقد قال)[3] أبو علي في الافصاح: لا يجوز قولاً واحداً[4].

ومنهم من قال: يجوز قولاً واحداً[5].

ومنهم من قال: فيه قولان، بناء على أن التدبير وصيه، أو عتق بصفة.

- فإن قلنا: إنه وصية، صح رهنه[6].
- وإن قلنا: عتق بصفة، لم يجز[7].

قال أبو إسحاق: إذا قلنا: إنه (يصح رهنه محل الحق)[8] ولم

---

(1) (أن لا توجد): في ب، حـ وفي آ أن توجد.

(2) أحدهما: يصح لأن الأصل بقاء العقد، وإمكان البيع، ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون.
والثاني: لا يصح، لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين، فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة الرهن /المهذب للشيرازي ١٢: ٢١٣.

(3) (فقد قال): في آ، حـ وفي ب فقال.

(4) لأنه قد يموت المولى فجأة، فيعتق، فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن.

(5) لأنه يجوز بيعه، فجاز رهنه كالعبد القن.

(6) لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، فجعل الرهن رجوعاً.

(7) لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك، والرهن لا يزيل الملك.

(8) (يصح رهنه، فحل الحق): في ب، حـ وساقطة من أ وغير واضحة.
_ إذا قلنا: إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى، سقط حكم الرهن، وبقي العبد=

(يختر)[1] الرجوع في التدبير[2]، ولم يكن له مال غيره، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يحكم بفساد الرهن[3] .

والثاني : وهو الأصح، أنه يباع في الدين .

(فإن)[4] دبر المرهون بعد القبض :

فقد نص الشافعي رحمه الله : على أن التدبير موقوف فإن (خلف تركه)[5] قضي الدين منها، وعتق التدبير .

(قال)[6] الشيخ أبو حامد: وعندي أن التدبير مبني على عتق المرهون[7] .

= على تدبيره، وإن لم يقض قيل له: أترجع في التدبير، فإن اختار الرجوع، بيع العبد في الرهن.

(١) (يختر): ي ب وفي آ، حـ يجز.

(٢) فإن كان له مال غيره، قضى منه الدين، ويبقى العبد على التدبير.

لأنا إنما صححنا الرهن، لأنا قلنا: لعله يقضي الدين من غيره، أو يرجع في التدبير، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن /المهذب للشيرازي ١٢ : ٢١٤ .

(٣) لأنا حكمنا بصحة الرهن، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين، وما سوى ذلك من الأموال كالعقار، والحيوان، وسائر ما يباع يجوز رهنه، لأنه يحصل به مقصود الرهن، وما جاز رهنه، جاز رهن البعض منه مشاعاً، لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع، فكان كالمقسوم في جواز الرهن/ المهذب ١٢ : ٢١٤ .

(٤) (فإن): في ب، حـ وفي آ وإن.

(٥) (خلف تركة): في ب، حـ وفي آ غير واضحة.

(٦) (قال): في آ، ب وفي حـ وقال.

(٧) قال الشافعي رحمه الله أوقفت التدبير، فإن حل الحق وقضى الدين من غير =

فإن (تزوج)[1] العبد بإذن مولاه، وضمن المولى مهرها، وجعل رقبة العبد رهناً، على ذلك، ذكر في الحاوي، أنه لا يصح، وفيه نظر.

ويصح رهن المشاع، (والمفرز)[2]، وبه قال مالك، والأوزاعي، وأبو ثور (وأحمد)[3].

الرهن، خرج العبد من الرهن وكان مدبراً، وإن لم يقضه من غيره ـ وإن باعه صح وبطل التدبير، وإن لم يختر الرجوع في التدبير ـ فإن كان له مال غيره ـ أجبر على قضائه منه، وبقي العبد على التدبير، وإن لم يكن له مال غير العبد، بيع في الدين وبطل التدبير، وإن مات الراهن قبل قضاء الدين، فقد حل الدين بموته، وإن خلف تركة تفي الدين عن العبد، قضى الدين منها، وعتق العبد من ثلث ما بقي وإن لم يكن له مال غيره، فإن كان الدين استغرق قيمته، بيع العبد في الدين، وإن كانت قيمته أكثر من الدين، بيع منه بقدر الدين، وعتق ثلث ما بقي بالتدبير، فإن أجازه، الورثة عتق باقيه ـ المجموع ـ ١٢: ٢١٦.

(١) (تزوج): في ب، حـ وفي آ تزويج.

(٢) (والمفرز): في ب، حـ وفي آ والمفرد.

(٣) (وأحمد): ساقطة من ب وموجودة في آ، حـ وهو الصحيح، قال ابن قدامة المقدسي: ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه سواء رهنه مشاعاً في نصيبه، مثل أن يرهن نصف نصيبه، أو يرهن نصيبه من معين، مثل أن يكون له نصف دار، فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه.

وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته لاحتمال أن يقتسم الشريكان، فيحصل الرهن في حصة شريكه.

ولنا: يصح بيعه، فصح رهنه كغيره، وما ذكره لا يصح، لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن، فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه/ المغني لابن قدامة ٤ : ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز رهن المشاع[1]، وإذا طرأت الإشاعة ببيع بعضه بإذنه .

ففيه عنه روايتان[2] .

واستدامة القبض ليس بشرط في صحة الرهن .

وقال أبو حنيفة، ومالك: استدامة القبض شرط[3].

---

(١) ولا يجوز رهن المشاع /أي رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض، وقيل: باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لأن الباطل منه، هو فيما إذا لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك،بناءً على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وللحنفية وجهان:

أحدهما: يبتنى على حكم الرهن، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء، وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع.

والثاني: أن موجب الرهن، هو الحبس الدائم، لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص، أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه، وكل ذلك يتعلق بالدوام، ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس، ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام، لأنه لا بد من المهايأة، فيصير كما إذا قال: رهنتك يوماً ويوماً لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها: الهداية، والعناية ونتائج الأفكار، ٩: ٨٣ ـ ٨٤.

(٢) الأولى : رواية الأصل يمنع بقاء الرهن ، لأن الامتناع لعدم المحلية ، وما يرجع إليه ، فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح .

الثانية : رواية أبي يوسف : أنه لا يمنع ، لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة/الهداية للمرغيناني ٩ : ٨٤ .

(٣) من شرط صحة الرهن عند الحنيفية: (أن يكون محوزاً مفرغاً متميزاً) فإذا كان كذلك تم العقد فيه لوجود القبض بكماله . فلزم العقد ، لأن اللزوم بالقبض إذا المقصود لا يحصل قبله : /بداية المبتدي والهداية ، ونتائج الأفكار ٩ : ٧٠ .

وإذا كان بين رجلين (بيت مشترك)[١] في دار مشتركة فرهن أحدهما نصيبه من البيت بغير إذن شريكه، ففيه وجهان :

أحدهما : يصح[٢] .

والثاني : لا يصح[٣] .

فإن رهن رجلان حجرة بينهما عند رجل، فطلب أحدهما (قسمتها)[٤] لم يكن للآخر (أن يمتنع)[٥]، (وهل للمرتهن أن يمتنع؟ فيه وجهان : أحدهما ؛ أن له أن يمتنع)[٦] ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره .

وإن كان في يده مال لمن يرثه (وهو يظنه)[٦] حياً، فرهنه، أو باعه فبان أنه كان قد مات قبل العقد .

فالمنصوص : أن العقد باطل .

ومن أصحابنا من قال: يصح .

---

(١) (بيت مشترك) : في ب ، حـ وفي أ منزل .

(٢) كما يصح بيعه .

(٣) لأن فيه أضراراً بالشريك بأن يقتسما ، فيقع هذا البيت في حصته ، فيكون بعضه رهناً/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢١٤ .

(٤) (قسمتها) : في ب ، حـ وفي آقسمها .

(٥) (أن يمتنع) : في ب ، حـ وفي أ أن يمتنع .

(٦) (وهل. . . . يمتنع): ساقطة من آ وحـ وموجودة في ب، حـ.

(٧) (وهو يظنه) : في حـ وفي ب وهو في يظنه وفي آ وهو في بطنه .

وإن رهن المبيع قبل القبض[1]، وبعد نقد الثمن، ففي صحة الرهن قولان :

أصحهما : أنه يصح[2].

والثاني : لا يصح، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة[3].

وفيه وجه ثالث: ذكره في الحاوي: أنه يجوز رهنه من غير البائع، ولا يجوز رهنه من البائع، وهو قول البصريين.

وفي رهن الدين وجهان :

أحدهما : أنه يجوز[4].

وفي جواز الرهن من المرتهن بدين آخر قولان :

قال في القديم : يجوز، (وهو اختيار المزني، وقول مالك، وأبي يوسف[5].

---

(١) إن رهنه قبل أن ينقد ثمنه ، لم يصح الرهن ، لأنه محبوس بالثمن ، فلا يملك رهنه كالمرهون .

(٢) وهو المذهب ، لأن الرهن لا يقتضي الضمان على المرتهن ، فصح فيما لم يدخل في ضمانة ، بخلاف البيع/المهذب ١٢ : ٢١٨ .

(٣) لا يصح ، لأن عقد الرهن يفتقر إلى القبض فلم يصح من المبيع قبل القبض كما لو باعه وفيه احتراز من العتق والتزويج/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢١٨ .

(٤) لأنه يجوز بيعه ، فجاز رهنه كالعين .

والوجه الثاني : لا يجوز ، لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ،/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢١٨ .

(٥) (وهو ... لا يجوز) : في ب ، حـ وساقطة من أ وكانت : قال في القديم : يجوز وهو قول أبي حنيفة .

وقال في الجديد: لا يجوز[1]، وهو قول أبي حنيفة [2].

فإن جنى العبد المرهون، ففداه المرتهن، وشرط أن يكون رهناً بالدين والأرش، ففيه طريقان :

أحدهما : أنه على القولين .
والثاني : أنه يصح قولاً واحداً [3].

فإن كان مرهوناً بألف، ثم رهنه بألف أخرى عند المرتهن، وأشهد على ذلك شاهدين وأراد أن يشهد أنه رهنه بألفين وكانا يعتقدان صحة الرهن بالزيادة (فهل) [4]يجوز لهما، أن يطلقا الشهادة بأنه رهن بألفين؟ فيه وجهان :

أظهرهما : أنه لا يجوز أن يشهد إلا (مفصلاً) [5].

---

(١) لأنه إذا جاز أن يكون مرهوناً بألف ، ثم يصير مرهوناً بخمسمائة ، جاز أن يكون مرهوناً بخمسمائة ثم يصير مرهوناً بألف .

(٢) لأنه رهن مستحق بدين ، فلا يجوز رهنه بغيره ، كما لو رهنه عند غير المرتهن/المهذب ١٢ : ٢١٩ .

(٣) والفرق بين الأرش ، وبين سائر الديون ، أن الأرش متعلق بالرقبة ، فإذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها ، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة ، فلم يجز رهنه به ، ولأن في الرهن بالأرش مصلحة ، للراهن في حفظ ماله ، وللمرتهن في حفظ وثيقته ، وليس في رهنه بدين آخر مصلحة ، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها ، والدليل عليه ، أنه يجوز أن يفتدي العبد بقيمته في الجناية ليبقى عليه ، وإن كان لا يجوز أن يشترى ماله بماله . / المهذب للشيرازي ١٢ : ٢١٩ .

(٤) (فهل) : في حـ وفي أ ، ب فهو .

(٥) (مفصلاً) : في ب ، حـ وفي أ منفصلاً ، لأن الاجتهاد ، في ذلك إلى الحاكم .

وحكم رهن العبد (الجاني)(١) في القولين وموضعهما حكم (البيع)(٢) .

وفي رهن الثمرة قبل (أن يبدو صلاحها)(٣) مطلقاً قولان :

أحدهما : أنه لا يصح(٤) .

والثاني : (أنه)(٥) يصح(٦) .

فإن كان له أصول (تحمل)(٧) في السنة مرة بعد أخرى، كالقثا،

= والوجه الثاني : يجوز أن يشهدا أنه رهنه بألفين ، ويطلقا ذلك ، لأنهما يعتقدان صحة ما يشهدان به/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢٢٠ .

(١) (الجاني) : في آ ، حـ وفي ب الجان .

(٢) (البيع): في آ، حـ وفي ب المبيع.

واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق. . .

فمنهم من قال: القولان في العمد، فأما في جناية الخطأ فلا يجوز قولاً واحداً.

ومنهم من قال: القولان في الجميع، وقد بينا وجوههما في البيع: /المهذب ١٢ : ٢٢٠.

(٣) (أن يبدو صلاحها) : في أ وفي ب صلاحهما ، وفي حـ بدو الصلاح .

(٤) لأنه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه ، فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع .

(٥) (أنه) : في آ ، حـ وفي ب ساقطة .

(٦) لأنه إن كان بدين حال فمقتضاه ، أن تؤخذ فتباع ، فيأمن أن تهلك بالعاهة ، وإن كان بدين مؤجل اختلفت الثمرة ، لم يسقط دينه ، وإنما تبطل وثيقته والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل ، فجاز ، بخلاف البيع ، فإن العادة فيه أن يترك إلى أوان الجذاذ ، فلا يأمن أن يهلك بعاهة ، فيذهب الثمن ، ولا يحصل المبيع ، فيعظم الضرر ، فلم يجز من غير شرط القطع/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢٢٣ .

(٧) (تحمل) : في حـ وفي آ ، ب نخل ، والأول هو الصحيح .

والتين (فرهن)[1] الحمل الظاهر بدين مؤجل، لا يحل قبل حدوث الثاني من غيرشرط القطع، ففي صحة الرهن قولان :

أحدهما : أنه يصح[2] .

والثاني : أنه لا يصح[3] .

فإن رهنه ثمرة ظاهرة بدين يحل قبل حدوث الثانية، غيرأنه أخر المطالبة حتى حدثت الثانية واختلطت، (ولم تتميز)[4]، ففيه قولان :

أظهرهما : أنه لا يفسد .

(وفي)[5] جـواز رهن العبـد المسلم، والمصحف من الكـافـر، طريقان :

(قال)[6] أبو إسحاق، والقاضي أبو حامد: (فيه)[7] قولان[8]:

---

(١) (فرهن) : في ب ، حـ وفي آ ورهن .

(٢) لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط ، بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن ، أو ينظركم كان المرهون ، فيعلف عليه ويأخذ ما زاد ، فإذا أمكن إمضاء العقد ، لم يحكم ببطلانه .

(٣) لأنه يختلط بالمرهون غيره ، فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه/المهذب ١٢ : ٢٢٥ .

(٤) (ولم تتميز) : في آ ، ب وفي حـ ولم يتميز .

(٥) (وفي) : في آ ، ب وفي حـ في .

(٦) (قال) : مكررة في آ .

(٧) (فيه) : ساقطة من ب وموجودة في آ ، حـ.

(٨) (القول الأول : يبطل ، والثاني : يصح ، ويجيز على تركه في يد المسلم .

وقال أبو علي في الإفصاح: يصح قولاً واحداً، ويجبر على تركه في يد مسلم[1].

وإن شرط في الرهن شرطاً (ينافي)[2] مقتضاه، وكان فيه منفعة للمرتهن، بأن شرط أن يكون ما يحدث (من الثمار)[3] رهناً، أو على (أن تكون)[4] المنفعة له، فالشرط باطل[5].

وفي صحة الرهن قولان[6].

أصحهما: أنه يبطل[7] فعلى هذا: هل يبطل البيع إن كان

---

(١) ويفارق البيع، بأن البيع، ينتقل الملك فيه إلى الكافر، وفي الرهن: المرهون باق على ملك المسلم/المهذب ١٢ : ٢٢٧ .

(٢) (ينافي) : في ب ، حـ وفي آ بينافي .

(٣) (من الثمار) : في ب ، حـ وفي آ من النماء .

(٤) (أن تكون) : في ب ، حـ وفي آ أن يكون .

(٥) لقوله ﷺ : (كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ولو كان مائة شرط) . التجريد الصحيح لأحاديث الجامع الصحيح للزبيدي ١/١٤٧ .

(٦) القول الأول: إن كان الشرط نقصاناً في حق المرتهن فالعقد باطل، لأنه يمنع المقصود فأبطله .

القول الثاني : إن كان زيادة في حق المرتهن ففيه قولان .

أحدهما : يبطل الرهن وهو الصحيح لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله كما لو شرط نقصاناً في حق المرتهن .

والثاني : أنه لا يبطل ، لأنه شرط جميع أحكامه وزاد ، فبطلت الزيادة ، وبقي العقد بأحكامه/المهذب للشيرازي .

(٧) (فعلى هذا . . . فيه قولان) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

مشروطاً؟[1] فيه قولان :

فإن باعه شيئاً، وشرط فيه رهناً مجهولاً، لم يصح[2].

وحكى أصحابنا عن مالك: أنه يصح، ويلزمه أن يدفع إليه رهناً بقدر الدين.

فإن شرط في البيع رهناً صحيحاً (فامتنع)[3] البائع من قبول الرهن لم يلزمه قبوله، ولم يثبت للمشتري الخيار بسبب ذلك.

وحكى في الحاوي عن أبي حنيفة : أن للمشتري فسخ البيع.

فإن اتفقا على وضع الرهن على يد عدلين، فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر، ففيه وجهان :

أصحهما : أنه لا يجوز[4].

---

(١) لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن ، فإذا بطل الرهن ، وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً ، والجهل بالثمن يفسد البيع.

والقول الثاني : أنه لا يبطل ، لأنه يجوز شرطه بعد البيع ، وما جاز شرطه بعد تمام العقد ، لم يبطل العقد بفساده كالصداق في النكاح/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢٢٨ .

(٢) لأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين ، كما إنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن ، فإذا لم يجز بيع المجهول ، وجب أن لا يجوز رهن المجهول المهذب ٢٢١/١٢

(٣) (فامتنع) : في آ ، حـ وفي ب وامتنع

(٤) لأن ما جعل إلى اثنين ، لم يجز أن ينفرد به أحدهما كالوصية .

والثاني: يجوز [١].

فعلى هذا أن تشاحا فيه، وكان مما ينقسم، جاز (أن يقتسماه) [٢] فيكون عند كل واحد منهما النصف، فإن اقتسماه، فسلم أحدهما ما حصل معه إلى الآخر، (ففيه) [٣] وجهان :

أحدهما : لا يجوز [٤].

والثاني : يجوز [٥].

وقال أبو حنيفة: إن كان مما لا ينقسم (جاز لكل واحد منهما إمساك جميعه، وإن كان مما ينقسم) [٦]. لم يجز واقتسما .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز أن يضعاه في يد أحدهما بكل حال:

فإن عقد الرهن، ولم يذكر من يوضع على يده، ففيه وجهان :

أصحهما : أنه يصح .

فإن اتفقا على من يوضع على يده، (وإلا وضعه الحاكم) [٧] على يد عدل.

---

(١) لأن في اجتماع الاثنين على حفظه مشقة ، /المهذب ٢= : ٢٣٢ .

(٢) (أن يقتسماه) : في ب ، حـ وفي آ فيه .

(٣) (ففيه) : في ب ، حـ وفي آ فيه .

(٤) لأنهما لما اقتسما ، صار كل واحد منهما منفرداً بحصته ، فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه .

(٥) لأنه لو سلم إليه قبل القسمة ، جاز ، فكذلك بعد القسمة .

(٦) (جاز لكل . . . ينقسم) : في ب ، حـ وفي آ ساقطة .

(٧) (وإلا وضعه الحاكم): في ب، حـ وفي ا غير واضحة وبدل الحاكم المحاكم.

والثاني : أن الرهن يبطل .

فإن رهنه داراً، وخلى بينه وبينها، وفيها قماش للراهن، صح التسليم في الدار .

وقال أبو حنيفة : لا يصح التسليم فيها .

فإن رهنه داراً (وهما)[1] فيها (فخلى)[2] بينه وبينها، ثم خرج الراهن، صح القبض .

وقال أبو حنيفة: لا يصح القبض حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه[3] فإن مات، وخلف تركه وعليه دين يستفرقها، فرهن الوارث التركة، ففيه وجهان[4]:

---

(١) (وهما) : في ب ، حـ وفي آ وكلما .

(٢) (فخلى) : في آ ، حـ وفي ب وخل .

(٣) يكتفى بالتخلية في ظاهر الرواية ، لأنه قبض بحكم عقد مشروع ، فأشبه قبض المبيع ، وعن أبي يوسف في المنقول لا يثبت إلا بالنقل ، لأنه قبض موجب للضمان ابتداءً بمنزلة الغصب/ شرح فتح القدير مع الهداية ٩/٥٦٩ .

(٤) لأنه تعلق به حق آدمي ، فلم يصح رهنه كالمرهون . وخالف في ذلك أحمد ، لأنه يصح في أحد الوجهين ، لأن تصرف صادف ملكه ، ولم يعلق به حقاً ، فصح، كما لو رهن المرتد وفارق المرهون، لأن الحق تعلق به باختياره. فأما مسألتنا فالحق تعلق به بغير اختياره فلم يمنع تصرفه ، وهكذا كل حق ثبت من غير إثباته كالزكاة والجناية ، فلا يمنع رهنه .

فإذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله ، وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه ، لأن حقهم أسبق ، والحكم فيه كالحكم في الجاني ، وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه ، أو حق تجدد تعلقه بالتركة ، مثل أن وقع إنسان أو بهيمة في بئر حفرة في غير ملكه بعد موته . فالحكم واحد ، وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ ، فإن قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن ./المغني لابن قدامة ٤ : ٣٨٨ .

وأصل ذلك (رهن العبد الجاني)[1]، فإن كان الرهن على يد عدل مأذون له في البيع، فعزله الراهن، صح عزله.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا ينعزل، وإن عزله المرتهن، لم ينعزل على قول أبي إسحاق[2].

وقيل: ينعزل.

فإن حل الحق، لم يجز للعدل (البيع)[3] حتى يستأذن المرتهن، وهل يحتاج إلى استئذان الراهن ليجدد له الإذن، فيه وجهان:

أحدهما: أنه يحتاج إلى تجديد الاستئذان كالمرتهن.

والثاني: لا يحتاج.

قال أبو إسحاق: والإذن الأول (كاف)[4].

فإن شرط أن يكون الرهن على يد المرتهن، ووكله في بيعه، فهذه وكالة فاسدة، وإذا باعه، لم يصح البيع.

وقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد، (يصح)[5] توكيله[6].

---

(١) (رهن العبد الجاني): في ب وفي أ، حـ العبد الجاني.

(٢) لأنها شرطت في ضمن عقد الرهن، صار وصفاً من أوصافه، وحقاً من حقوقه، الا ترى أنه لزيادة الوثيقة، فيلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن/شرح فتح القدير ٩: ١٠٦.

(٣) (البيع): في ب، حـ وفي أ المبيع.

(٤) (كاف): في ب، حـ وفي أ كافي.

(٥) (يصح): في أ، حـ وفي ب تصح.

(٦) لأنه توكيل ببيع ماله، لأن الرهن شرع وثيقة لجانب الاستفاء، وبالتوكيل يصير ـ

ومن أصحابنا من قال : إذا كان الراهن حاضراً، صح من المرتهن بيعه.

والمذهب: الأول .

ذكر في الحاوي: أن الحاكم إذا أذن للمرتهن في بيع الرهن، ففيه وجهان، حكاهما أبو علي بن أبي هريرة.

= جانب الاستيفاء أوثق ، فكان بالجواز أحق ، نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط لكنها إسقاط ، والإسقاطات تقبل التعليق وهذا لأنه كان ممنوعاً عن التصرف في هذه العين لحق المالك ، فإذا وكله ، فقد أسقط حقه/نتائج الأفكار ٩ : ١٠٦ .

بـــاب

(ما يدخل في الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه)[1]

ما يحدث (من)[2] الرهن من النماء المتميـز[3] لا يدخـل في الرهن[4]، وبه قال أحمد[5] .

---

(١) (باب . . . وما لا يملكه) : غير واضحة في حـ .

(٢) (من) : في أ ، ب وفي حـ في .

(٣) كالشجر ، والثمر ، واللبن ، والولد ، والصوف ، والشعر .

(٤) لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (لا يُغلِقُ الرهنُ الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) الفتح الكبير ٣ : ٣٦٦ .

والنماء من الغنم فوجب أن يكون له .

وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعاً : (الرهن محلوب ومركوب) . الفتح الباري ٦ : ٦٨ - ٦٩ .

ومعلوم أنه لم يرد أنه محلوب ، ومركوب للمرتهن ، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن ، ولأنه عقد لا يزيل الملك ، فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة/المهذب ١٢ : ٢٣٨ .

(٥) وهذه مسألة لم يصب بها الشيخ القفال رحمه الله ، لأن ما عند أحمد : أن نماء =

وقال أبو حنيفة : يدخل في الرهن[1] .

وقال مالك : يدخل الولد في الرهن، ولا يدخل غيره[2].

فإن رهنه العين على أن ما يحدث من ثمرة، أو نتاج داخل في الرهن، (بطل)[3] الرهن على المنصوص .

وفيه قول آخر : أن الرهن يصح، ويسقط الشرط .

وأما النماء الموجود، فإن كان شجراً فقد تقدم ذكره في البيع، وإن كان تمراً غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر، ففيه طريقان :

أحدهما : أنه على قولين[4] .

= الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل ، وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين ، بيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل ، كالسمن والتعلم ، والمنفصل : كالكسب ، والأجرة والولد والثمرة ، واللبن ، والصوف والشعر .

ويقول ابن قدامة : أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ، ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن ، فيدخل فيه كالمتصل ، ولأنه حق مستقر في الأم ، ثبت برضى المالك ، فيسري إلى الولد ، كالتدبير والاستيلاد/ المغني لابن قدامة ٤ : ٤٣٠ .

(١) قال المرغيناني رحمه الله : ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل ، ولا زرع الأرض دون الأرض ، ولا رهن النخيل في الأرض دونها ، وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر ، كل هذا يدخل في الرهن ، لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد/شرح فتح القدير على الهداية ٩ : ٨٤/٨٥ .

(٢) لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد .

(٣) (بطل) : في ب ، حـ وفي آ يبطل .

(٤) القول الأول : يدخل فيه قياساً على البيع . =

والثاني : أنه لا يدخل قولاً واحداً .

وقال أبو حنيفة : يدخل التمرة في الرهن بكل حال .

وإن رهن ثمرة لم يبد صلاحها بدين مؤجل مطلقاً، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يصح .

والثاني : يصح .

والثالث : أنه إن شرط قطعه عند المحل، صح، وإن (لم يشترط)[1] ذلك، لم يصح .

وعند أبي حنيفة : لا يصح رهن الثمرة دون الأصل[2] .

واختلف أصحابنا في ورق التوت، والآس[3]، وأغصان الخلاف[4]: فمنهم من قال: يدخل في الرهن، كالأغصان (والأوراق)[5] من سائر الأشجار.

ومنهم من قال: هو كالثمر من سائر الأشجار[6] .

= والقول الثاني : لا يدخل فيه وهو الصحيح ، لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد ، لم يدخل الموجود حال العقد/المهذب ١٢ : ٢٣٩ .

(١) (لم يشترط) : في آ ، ب وفي حـ بشرط .

(٢) لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة ، فكان في معنى الشائع لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه/فتح القدير ٩ : ١٣٠/الهداية مع فتح القدير ٨٤/٩ .

(٣) الآس : نوع من النبات يقال له الهدس ، يستخرج منه الطيب .

(٤) والخلاف : ككتاب وشده لحن ، صنف من الصفصاف وليس به .

(٥) (والأوراق) : غير واضحة في آ .

(٦) فيكون حكمها حكم الثمار .

(وأن)[1] كان النماء صوفاً، أو لبناً، فالمنصوص أنه لا يدخل.

قال الربيع : في الصوف قول آخر أنه يدخل .

فمن أصحابنا من قال : فيه قولان .

ومنهم من قال : لا يدخل قولاً واحداً .

---

(١) (وان) : في ب ، حـ وفي آفان .

فصل[1]

منافع الرهن للراهن، ويه قال مالك، وأحمد[2] إلا أن الخرقي حكى عن أحمد، أنه إذا أنفق المرتهن على الرهن، كان له أن ينتفع بقدر ما أنفق وإن لم يأذن له الراهن في النفقة[3] .

---

(١) (فصل) : في حـ فقط وهو الصحيح لأن أستاذه الشيرازي جعله فصلاً .

(٢) يملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن، كخدمة العبد وسكن الدار ، وركوب الدابة ، وزراعة الأرض ، لقوله ﷺ : (الرهن محلوب ومركوب) ، فتح الباري ٦ : ٦٨ .

ولأنه لم يدخل في العقد ، ولا يضر بالمعقود له ، فبقى على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة ، ووطء الأمة المستأجرة ، وله أن يستوفي ذلك بالإجارة ، والإعارة ./المهذب ٢٤٢/١٢ .

(٣) أن أذن له في الإنفاق ، والانتفاع بقدره جاز ، لأنه نوع معاوضة . وأما مع عدم الأذن ، فإن الرهن ينقسم قسمين ، محلوياً ومركوباً وغيرهما ، فأما المحلوب =

وعنه رواية أخرى: أنه لا يرجع بذلك .

وقال أبو حنيفة : ليس للراهن، ولا للمرتهن أن ينتفع بالمرهون، بل (يتلف)[1] منفعته[2] .

وقال أبو ثور : إن كان الراهن هن المنفق على الرهن، فالمنفعة، والنماء له وإن كان المرتهن هو المنفق عليه، فالنماء والمنفعة له .

وللراهن أن يؤخر الرهن مدة تنقضي قبل حلول الدين، وهل له أن يستوفي بالمنفعة بنفسه ؟

قال في موضع: (له ذلك)[3] .
وقال في موضع: لا يجوز.

فمن أصحابنا من قال : فيه قولان:

أصحهما : أنه يجوز[4] .

= والمركوب ، للمرتهن أن ينفق عليه ، ويركب ، ويحلب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك . ونص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم ، وأحمد بن القاسم ، واختاره الخرقي وهو قول/إسحاق ، وسواء اتفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته ، أو امتناعه من الإنفاق ، أو مع القدرة على أخذ النفقة ، من الراهن واستئذانه/المغني لابن قدامة ٤ : ٤٢٦ ـ ٤٢٧ .

(١) (يتلف) : في ب ، حـ وفي آ غير واضحة .

(٢) لأن له حق الحبس دون الانتفاع/الهداية/فتح القدير ٩ : ٧٩ .

(٣) (له ذلك) : في ب ، حـ وفي آ يجوز ، أنظر المهذب ١٢ : ٢٤٢ .

(٤) لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره ، جاز أن يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون .

والقول الثاني : لا يجوز ، لأنه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن . =

ومنهم من قال : هو على حالين، فإن كان ثقة أجاز[1] وإن لم يكن ثقة، لم يجز[2].

فإن كان الرهن جارية لا تحبل لصغر أو كبر، (فهل يجوز للراهن)[3]، وطئها؟ فيه وجهان [4]:

ـ (وإذا)[5]: قلنا لا يجوز له وطئها لم يجز له استخدامها بنفسه[6].

(وإن)[7] أراد تزويج العبد المرهون، والأمه المرهونه، لم يجز بغير إذن المرتهن.

وقال أبو حنيفة : يجوز له ذلك .

= ودليله : يبطل به إذا أكره من غيره ، فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز : المهذب ١٢ : ٢٤٢ .

(١) لأنه يؤمن أن يجحد .

(٢) لأنه لا يؤمن أن يجحد ، وحمل القولين على هذين الحالين/المهذب ١٢ : ٢٤٢ .

(٣) (فهل يجوز للراهن) : في ب ، حـ وفي آ فهل للراهن .

(٤) الأول : يجوز وطؤها ، لأنا قد أمنا الضرر بالأحبال وهو قول أبي إسحاق .
الثاني : لا يجوز ، لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

(٥) (وإذا) : في ب ، حـ وفي أ فإذا .

(٦) لأنه لا يؤمن أن يطأها ، وإذا لم يمنع من الوطء ، جاز الاستخدام .

(٧) (وإن) : في ب ، حـ وفي آ فإن .

فأن أراد أن يزرع الأرض المرهونة ما لا يضر بالأرض، وكان لا يستحصد قبل حلول الدين، ففيه قولان[1]:

(فإن)[2] أراد أن (يؤجر)[3] المرهون إلى مدة (يحل)[4] الدين قبل إنقضائها، لم يجز[5].

وقال أبو علي الطبري: فيه قولان كالزراعة[6].

فإن قبل المحال عليه الحوالة للمحتال بشرط أن يرهن عنده رهناً، ففيه وجهان، بناء على أن الحوالة بيع، أو عقد (إرفاق)[7].

أصحهما : أنه يجوز .

فإن جنى على المرهون، كانت المداواة على الراهن إن شاء، ما لم يكن في الدواء أضرار، ولا يجبر عليها[8].

---

(١) فإن كان يحصد قبل محل الدين ، جاز .
والقول الأول : لا يجوز ، لأنه ينقص قيمة الأرض ، فيستضر به المرتهن .
والقول الثاني : يجوز ، لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض ، وربما وفت قيمة الأرض مع الزرع بالدين ، فلا يمنع منه في الحال • /المهذب ١٢ : ٢٤٧ .

(٢) (وان) : في ب ، وفي أ ، حـ فإن .

(٣) (يؤجره : في آ ، ب وفي حـ يؤجر .

(٤) (يحل) : في ب وفي آ ، حـ تحل .

(٥) لأنه ينقص قيمة الأرض .

(٦) أي كزراعة ما لا يحصد قبل محل الدين .

(٧) (أرفاق) : في حـ وفي آ ، ب ارفاق .

(٨) ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره ، لم يمنع ، لأنه فيه =

وعند أبي حنيفة : يكون على المرتهن إذا كان الرهن بقدر الدين .

وأجرة المسكن، والحافظ على الراهن [1] .

وقال أبو حنيفة: على المرتهن .

وأجرة من يرد الرهن من الإباق على الراهن .

(وعند) [2] أبي حنيفة : بقدر (الأمانة) [3] منه على الراهن، بقدر الضمان على المرتهن.

وفي مؤنة الرد بعد الفكاك وجهان :

= إصلاح حقه بما لا يضر بغيره ، وإن خيف منه الضرر لم يمكن منه ، لأن فيه خطراً بحق غيره/المهذب ١٢ : ٢٥٥ .

(١) ما يحتاج إليه الرهن من نفقة ، وكسوة ، وعلف ، وغيرها ، فهو على الراهن لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب نفقته) رواه الجماعة إلا النسائي ومسلماً . الفتح الباري ٦ : ٦٩ .

والذي يركب ، ويشرب هو الراهن ، فوجب أن يكون النفقة عليه . ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه ، فكانت النفقة عليه ، /المهذب ١٢ : ٢٥٥ .

(٢) (وعند) : في أ ، حـ وساقطة من ب .

(٣) (الأمانة) : في حـ وفي أ ، ب الإصابة .

فصل

إذا عتق (الراهن) [١] المرهون، ففيه ثلاثة أقوال :

إحداها : أنه يصح [٢]. وهو قول أبي حنيفة، وأحمد، إلا أن أبا حنيفة قال : يستسعي العبد في قيمته إذا كان معسرا [٣].

والثاني : أنه لا يصح، وبه قال عطاء [٤].

والثالث : وهو الأصح، أنه إذا كان موسراً نفذ، وإن كان معسراً، لم ينفذ [٥].

---

(١) (الراهن) : في آ ، ب وساقطة في حـ .

(٢) لأنه عقد لا يزيل الملك ، فلم يمنع صحة العتيق كالإجارة .

(٣) إذا كان موسراً ، ينفذ اعتاقه على بعض أقوال أبي حنيفة/شرح فتح القدير ٩ : ١١٢ .

(٤) لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن ، فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع .

(٥) لأنه عتق في ملكه ، يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر والمعسر ، كالعتق في العبد المشترك بينه وغيره .

فإن قلنا : إنه ينفذ أخذت قيمته تكون رهناً مكانه[1]، (وتعتبر)[2]، قيمته وقت الاعتاق [3] .

ومن أصحابنا من قال: في وقت العتق ثلاثة أقوال :

أحدها : بنفس اللفظ .

والثاني : بدفع القيمة .

والثالث : هو موقوف، وينبغي أن يكون هذا على القول الذي يقول (بنفوذه) [4]، والطريق الأول أصح [5].

وحكم (احباله) [6]، حكم اعتاقه .

ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا: إن اعتاقه لا ينفذ ففي (إحباله) [7] وجهان : (وإن) [8] قلنا : إن عتقه لا ينفذ (فنفك) [9] من

---

(١) أي إن كان موسراً ،وتكون القيمة بدله ، لأنه أتلف رقه ، فلزمه ضمانة كما لو قتله .

(٢) (وتعتبر) : في آ وفي ب ، حـ ويعتبر .

(٣) لأنه حالة الإتلاف ، ويعتق بنفس اللفظ .

(٤) (بنفوذه) : في ب ، حـ وفي آ مفقود .

(٥) فإن دفع القيمة ، حكمنا أنه عتق من حين الأعتاق ، وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق في حال الأعتاق/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢٥١ .

وإن كان معسراً ، وجبت عليه القيمة في ذمته ، فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهناً مكانة ، وإن أيسر في محل الدين ، بقضاء الدين .

(٦) (أحباله) : في ب ، حـ وفي آ أخاله .

(٧) (أحباله) : في ب ، حـ وفي آ أخاله .

(٨) (وإن) : في آ ، ب وفي حـ فإن .

(٩) (فنفك) : ف حـ وغير واضحة في آ ، ب .

الرهن لم ينفذ ذلك العتق في أصح الوجهين .

والثاني : أنه ينفذ كما ينفذ إحباله (إذا فكه)(١) من الرهن .

فإن ماتت من الولادة، وجب على الراهن قيمتها، وفي وقت اعتبار القيمة ثلاثة أوجه .

أحدها : أكثر ما كنت من حين الإحبال إلى حين التلف(٢) .

والثاني : قاله أبو علي بن أبي هريرة، أنه يعتبر قيمتها يوم التلف(٣) .

والثالث : وهو الأصح عند أصحابنا، أنه (تعتبر)(٤) قيمتها يوم الإحبال(٥) .

وإن وقف المرهون، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه كالعتق(٦) .

والثاني : أنه لا يصح قولاً واحداً(٧) .

---

(١) (إذا فكه) : في حـ وفي آ ، ب إذا فكت .

(٢) وحكمه كحكم من غصب جارية وأقامت في يده ثم ماتت .

(٣) لأن التلف حصل بالموت .

(٤) (تعتبر) : في آ ، حـ وفي ب يعتر .

(٥) تجب قيمتها وقت الوطء ، لأنه وقت سبب التلف ، فاعتبرت القيمة فيه ، كما لو جرحها وبقيت ضنينة إلى أن ماتت وهو المذهب .

(٦) لأنه حق الله تعالى ، لا يصح إسقاطه بعد ثبوته ، فصار كالعتق .

(٧) أنه لا يصح ، لأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير ، فلا يصح كالبيع والهبة .

(فإن)[1] أذن المرتهن في بيع الرهن، أو عتقه، ثم رجع ولم يعلم الراهن حتى (باع)[2] أو أعتق، ففيه وجهان[3] بناء على القولين في عزل الموكل الوكيل، هل ينفذ قبل علمه، فإن أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن قبل حلول الدين مطلقاً، صح ولم يجعل الثمن رهناً، وبه قال يوسف .

وقال أبو حنيفة، ومحمد: يكون الثمن رهناً .

فإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً عنده، ففيه قولان :

أحدهما : أن البيع صحيح، ويكون الثمن رهناً[4] ، وبه قال أبو حنيفة، والمزني، وأصحاب أحمد .

وقال في الأم: البيع فاسد والشرط فاسد[5] .

---

(١) (فإن) : في آ ، حـ وفي ب وإن .

(٢) (باع) في ب، حـ وفي آ تباع.

(٣) الأول : أنه يسقط الإذن ، ويصير كما إذا باع ، أو عتق بغير الإذن .
الثاني : أنه لا يسقط الأذن بناء على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف : المهذب ١٢ : ٢٥٣ .

(٤) ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز .

(٥) لأن ما يباع به من الثمن مجهول ، ورهن المجهول لا يصح ، فإذا بطل الشرط ، بطل البيع ، لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط ، ولم يثبت الشرط ، فلم يصح البيع .

فإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل له قضاء الدين، فقد نص الشافعي رحمه الله على أن البيع فاسد، (والشرط فاسد)(١) .

وحكى عن أبي إسحاق: أنه خرج فيه قولاً آخر من المسألة قبلها : أن البيع صحيح، وليس بصحيح(٢) .

وقال أبو حنيفة والمزني رحمه الله، وأصحاب أحمد: يصح البيع، ويكون الثمن رهناً، ولا يجب التعجيل .

---

(١) (والشرط فاسد) : في آ ، حـ وساقطة من ب .

وقال المزني رحمه الله : يبطل الشرط ويصح العقد ، لأنه شرط فاسد سبق البيع ، فلم يمنع صحته كما لو قال لرجل : مع هذه السلعة ولك عشر ثمنها ، وهذا خطأ ، لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له ، فإذا لم يسلم له الشرط ، بطل الإذن ، فيصير البيع بغير إذن ، ويخالف مسألة الوكيل ، فأن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الإذن ، وإنما جعله في مقابلة البيع ، وهنا : جعل تعجيل الدين في مقابلة الإذن ،فإذا بطل التعجيل ، بطل الإذن . والبيع بغير إذن المرتهن باطل : المهذب للشيرازي ٢٥٤/١٢ .

(٢) أي أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهناً ، كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهناً .

فصـل

إذا جنى العبد المرهون على المولى (فيما)[1] دون النفس خطأ أو عمداً (فعفى)[2] على مال لم يستحق المال عليه .

وقيل : فيه قول آخر ذكره أبو العباس بن سريج، أنه يثبت له الحال عليه، (ويستفيد به)[3] بيعه وتخليصه من الرهن، وليس بصحيح[4].

---

(١) (فيما) : في آ ، حـ وفي ب فيما .

(٢) (فعفى) : في حـ وفي آ ، ب وعفا .

(٣) (ويستفيد به) : في ب ، حـ وفي آ ويستفد به .

(٤) قال أبو العباس : فيه قول آخر أنه يثبت له المال ، ويستفيد به بيعه وإبطال حق المرتهن من الرهن ، ووجهه أن من يثبت له القصاص في العمد ، ثبت له المال في الخطأ كالأجنبي ، والصحيح هو الأول ، لأن المولى لا يثبت له المال على عبده ، ولهذا لو أتلف له مالاً يستحق عليه بدله ، ووجه الأول يبطل بغير المرهون ، فإنه يجب له القصاص في العمد ، ولا يجب له المال في الخطأ ، =

وإن كانت الجناية على نفس المولى عمداً، فللوارث أن يقبض، وهل له العفو على مال؟ فيه قولان :

أصحهما : أنه لا يثبت له المال[1] .

قال أبو علي بن أبي هريرة: أصل هذين القولين وجوب (الديه)[2]، هل يكون في آخر جزء من حياته أو بعد موته .

فإن جنى العبد المرهون على عبد آخر مرهون للمولى (عند)[3] غير مرتهن الجاني، فأنه يتعلق حق المرتهن بالقيمة إذا عفا عن القصاص، أو كانت الجناية خطأ، فإن كانت قيمة الجاني والمجني عليه سواء، أو كانت قيمة المجني عليه أكثر، فيه وجهان :

أحدهما : أنه ينقل إلى مرتهن المجني عليه رهناً، ينفك من مرتهنه[4] .

والثاني : أنه يباع[5] .

= وإن كانت الجناية على النفس ـ فإن كانت عمداً ـ ثبت للوارث القصاص ، فإن اقتص ، بطل الرهن ، المهذب للشيرازي ١٢ : ٢٥٦ .

(١) لأن الوارث قائم مقام المولى ، والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال ، فلا يثبت أن يقوم مقامه .

والثاني : أنه يثبت له ، لأنه يأخذ المال عن جناية حصلت ، وهو في غير ملكه ، فصار كما لو جنى على من يملكه المولى .

(٢) (الديه) : في ب ، وفي أ ، حـ النية .

(٣) (عند) : في ب وفي أ ، حـ وعيد .

(٤) أنه ينقل القاتل إلى مرتهن المقتول ليكون رهناً مكانه ، لأنه لا فائدة في بيعه .

(٥) أنه يباع ، لأنه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته ، فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه/المهذب ١٢ : ٢٥٧ .

فأما إذا كان رهناً عند مرتهن الجاني، فقد قال أبو إسحاق: إن كان الدين الذي (المقتول به)[1] رهن أقوى، واثبت من الدين الذي به القاتل رهن، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينقل إليه.

والثاني: أنه لا ينقل، لأنهما سواء في الحال وإذا قلنا: (ينقل)[2] فهل ينقل بحالة، أو يباع؟ فيه وجهان:

وعلى هذا كل موضع يكون في النقل (عوض)[3]، ففي صفته وجهان:

وإن جنى العبد المرهون بإذن المولى[4]،

---

(١) (المقتول به): في حـ وفي أ المقتول به وفي ب المقبول به.

(٢) (ينقل): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٣) (عوض): في آ، ب وفي حـ عرض.

(٤) فإن كان بالغاً عاقلاً فحكمه حكم ما لو جنى بغير إذنه في القصاص والأرش، ولا يلحق السيد بالإذن إلا الإثم، فإنه يأثم لما روى عن النبي ﷺ إنه قال: (من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله) المهذب ١٢: ٢٥٩. أخرجه ابن ماجة من حديث الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه. سنن ابن ماجة ٢: ٨٧٤. ورواه البيهقي وفي إسناده يزيد بن زياد وهو ضعيف، وقد روى عن الزهري مفصلاً أخرجه البيهقي من طريق فرج بن فضالة عن الضحاك عن الزهري يرفعه، وفرج مضعف وبالغ ابن الجوزي، فذكره في الموضوعات لكنه تبع في ذلك أبا حاتم فإنه قال في العلل: إنه باطل موضوع، وقد رواه أبو نعيم في الحلية من طريق حكيم بن نافع عن خلف بن حوشب عن الحكم بن عيينة عن سعيد بن المسيب. سمعت عمر فذكره وقال: تفرد به حكيم عن خلف، ورواه الطبراني من=

وكان صغيراً لا يميز[1] ، أو أعجمياً لا يفقه، يعتقد وجوب طاعة مولاه في (القتل)[2] لم يتعلق الجناية برقبته، وإنما يتعلق حكم الجناية بالمولى .

فإن كان موسراً (أخذ منه الأرش، وإن كان معسراً)[3]، فقد قال الشافعي رحمه الله: يباع[4] .

فمن أصحابنا: من حمله على ظاهره[5] .

= حديث ابن عباس نحوه، وأورده ابن الجوزي من طريق أخرى منها: عن أبي سعيد الخدري بلفظ توبع، هكذا أفاده الحافظ في التلخيص ثم قال: يجيء القاتل يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله، ولعله بعطية ومحمد ابن عثمان بن أبي شيبة ومحمد لا يستحق أن يحكم على أحاديثه بالوضع. وأما عطية فضعيف، لكن حديثه يحسنه الترمذي.

قال الخطابي: قال ابن عيينة: شطر الكلمة مثل أن يقول: اق من قوله: اقتل.

قال المناوي: كناية عن كونه كافراً، إذ لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون وهذا زجر وتهويل، أو المراد يستمر هذا حاله حتى يطهر بالنار ثم يخرج.

وقال المغني: إن استحل ذلك فهو كافر: /المجموع ١٢: ٢٦١ .

(١) فإن كان مميزاً يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل، كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلا في القصاص، فإن القصاص لا يجب على الصبي.

(٢) (القتل): في ب، حـ وغير واضحة في أ.
أي لا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل.

(٣) (أخذ منه الأرش... وإن كان معسراً): ساقطة من ب وموجودة في أ، حـ.

(٤) أي العبد في أرش الجناية.

(٥) وقال: يباع، لأنه قد باشر الجناية، فبيع فيها.

ومنهم من قال لا يباع[1] وهو الأصح، وتأول ما قاله الشافعي رحمه الله[2].

فإن جنى على العبد المرهون، (فالخصم)[3] في الجناية الراهن[4] وقال أبو حنيفة: الخصم هو المرتهن[5].

فإن إدعى على رجل أنه جنى عليه فأنكر ولا بينة[6]، ونكل المدعى عليه عن اليمين، فردت على الراهن، فنكل أيضاً، فهل ترد على الغريم؟ فيه قولان كالقولين في غرماء المفلس:

فإن ثبتت الجناية، وكانت موجبة للقود فقال الراهن (لا

---

(١) لأن القاتل في الحقيقة هو المولى، وإنما هو آلة كالسيف وغيره.

(٢) وحمل قول الشافعي رحمه الله: على أنه أراد إذا ثبت بالبينة أنه قتله، فقال المولى: أنا أمرته، فقال: يؤخذ منه الأرش إن كان موسراً بحكم إقراره، وإن كان معسراً، بيع العبد بظاهر البينة /المهذب ١٢: ٢٥٩.

(٣) (فالخصم): في ب، حـ وفي آ وانخصم.

(٤) لأنه هو المالك للعبد ولما يجب من بدله.

(٥) المرتهن في تضمينه، فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده، لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه، فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة، ويوم رهن ألفاً، غرم خمسمائة وكانت رهناً، وسقط من الدين خمسمائة، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة، كأنها هلكت بآفة سماوية، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك، لأن القبض السابق مضمون عليه، لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك /شرح فتح القدير ٩: ١١٤ ـ ١١٥.

(٦) فالقول قول المدعى عليه مع يمينه.

(٧) لأن الراهن بالخيار، بين أن يقتص، وبين أن يعفو، فإن اقتص بطل الرهن.

أعفو)[1] ولا أقبض ففيه وجهان :

قال أبو علي بن أبي هريرة: للمرتهن إجباره على اختيار القصاص، أو العفو على مال[2] .

وقال الداركي: إن قلنا : إن الواجب (بقتل)[3] العمد القود لم يملك إجباره[4]، وإن قلنا: إن الواجب أحد أمرين، ملك إجباره على التعيين[5] .

فإن عفا على مال (أو)[6] كانت الجناية خطأ، تعلق حق المرتهن (به)[7] فإن أبرأ المرتهن الجاني، لم يصح إبراؤه [8]، وهل يبطل حقه من الوثيقة؟ فيه وجهان [9]، وإن إبرأه الراهن، لم يصح إبراؤه[10] .

---

(١) (لا أعفو): في ب، حـ وفي آ لا أعتق.

(٢) لأن له حقاً في بدله، فجاز له إجباره على تعيينه.

(٣) (بقتل): في ب، حـ وفي آ القتل.

(٤) لأن إذا ملك إسقاط القصاص، فلأن يملك تأخيره أولى.

(٥) لأن له حقاً هو القصاص، وللمرتهن حقاً هو المال، فلزمه التعيين.

(٦) (أو): في ب، وفي أ. و.

(٧) (به): في حـ وفي آ، ب فيه. لأن الأرش بدل عن المرهون، فتعلق به حق المرتهن. وإن أسقط المرتهن حقه من الوثيقة، سقط، لأنه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه منه سقط، فكذلك إذا أسقط من بدله.

(٨) لأنه لا يملكه، فلا ينفذ إبراؤه منه، كما لو كان الراهن باقياً فوهبه.

(٩) أحدهما: يبطل، لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة.

والثاني: لا يبطل لأن الذي أبطله هو الإبراء. والإبراء لم يصح، فلم يبطل ما تضمنه.

(١٠) لأنه يبطل حق المرتهن عن الوثيقة من غير رضاه، فلم يصح كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه.

فإن قضى دين المرتهن بعد ذلك، أو أبرأه المرتهن منه، فهل ينفذ ذلك الإبراء للجاني من الأرش؟ فيه وجهان :

أحدهما: ينفذ[1] .

والثاني : لا ينفذ[2].

فإن كان المرهون جارية حاملاً، فضرب بطنها[3]، فألقت جنيناً حياً، ثم مات ففيه قولان :

أحدهما : أنه يجب عليه قيمة الولد حياً، (يكون)[4] للراهن.

والثاني : (أنه)[5] يجب عليه أكثر الأمرين، من قيمته حياً، أو ما

---

(١) لأن المنع منه لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن، فنفذ إبراء الراهن.

(٢) إنه لا ينفذ، لأنا حكمنا ببطلانه، فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه كما لو وهب مال غيره ثم ملكه.

وإن أراد أن يصالحه عن الأرش على حيوان، أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجز، لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يبيعه من غير رضاه، فإن رضي المرتهن بالصلح. فصالح عن حيوان، تعلق به حق المرتهن، وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهناً مكانه، فإن كان مما له منفعة، انفرد الراهن بمنفعته، وإن كان له نماء، انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه. المهذب ١٢: ٢٦٠.

(٣) فأسقطت جنيناً ميتاً، وجب عليه عشر قيمة الأم ويكون خارجاً من الرهن، لأنه بدل عن الولد، والولد خارج من الرهن، فكان بدله خارجاً منه. وإن كانت بهيمة، فألقت جنيناً ميتاً، وجب عليه ما نقص من قيمة الأم، ويكون رهناً، لأنه بدل عن جزء من المرهون.

(٤) (يكون): في آ، حـ وفي ب وتكون.

(٥) (إنه): في أ، حـ وساقطة من ب.

نقص من قيمة الأم، فإن كانت قيمته حياً أكثر، كان للراهن، وإن كان ما نقص أكثر، كان للمرتهن رهناً .

وإن كان المرهون عصيراً، فصار في يد المرتهن خمراً، زال ملك الراهن عنه (ويبطل)[1] الرهن[2].

وحكى في الحاوي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال : إنقلابه خمراً يدل على أن العقد كان باطلاً وليس بشيء .

وقال أبو حنيفة : لا يبطل (الرهن)[3]، ولا يزول ملكه عنه، فإن استعمال خلا (عاد)[4] الملك فيه وعاد الرهن [5] .

---

(١) (بطل): في أ، ب وفي حـ فبطل.

(٢) لأنه صار محرماً لا يجوز التصرف فيه، فزال الملك فيه ويطل الرهن، كالحيوان إذا مات، فإن تخللت، عاد الملك فيه، لأنه عاد مباحاً، يجوز التصرف فيه، فعاد الملك فيه، كجلد الميتة إذا دبغ ويعود رهناً، لأنه عاد إلى الملك السابق، وقد كان في الملك السابق رهناً، فعاد رهناً /المهذب ١٢: ٢٦١.

(٣) (الرهن): في آ، حـ وفي ب الرهن ولا برهن.

(٤) (عاد): في ب، حـ وفي آ كان.

(٥) لأن ما يكون محلاً للبيع، يكون محلاً للرهن، إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر لا يصلح محلاً للبيع ابتداءً، ويصلح بقاء، حتى من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض، لم يبطل عقده فكذا في الرهن.

ولقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل، فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل، ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً، وههنا يتبدل المحل حكماً يتبدل الوصف، فلذلك تخلف عن ذلك الأصل.

وأعلم أن العصير المرهون إذا تخمر: فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلماً أو بالعكس.

فإن كانا كافرين، فالرهن بحاله، تخلل أو لم يتخلل، وفي الأقسام الباقية =

فإن كان المرهون حيواناً فمات في يد المرتهن، فأخذ جلده، فدبغه فهل يعود الرهن؟ فيه وجهان :

قال ابن خيران: يعود[1] .

وقال أبو إسحاق : لا يعود[2] .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : في جلد الميته ما قالوه في العصير يصير خمراً[3].

= إن تخلل فكذلك، وإليه يلوح إطلاق المصنف حيث قال: ثم صار خلا، يعني بنفسه، وإن لم يتخلل بنفسه، فهل للمرتهن أن يخلله أولاً؟ فيه تفصيل إن كانا مسلمين، أو كان الراهن مسلماً، جاز تخليلة، لأن المالية وإن تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن، وذلك يسقط الدين، لكن إعادتها ممكنة بالتخلل، فصار كتخليص الرهن من الجناية، وللمرتهن ذلك، وإذا جاز ذلك في المسلمين، والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلأن يجوز في المرتهن الكافر أولى، لأنها محل بالنسبة إليه. وأما إذا كان الراهن كافراً، فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله، لأن صفة الخمرية، لانعدام المالية في حقه، فليس للمرتهن المسلم تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها، لأنه صار غاصباً بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها، فالخل له وتقع المقاصة إن كان الدين من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. /الهداية، والعناية، ونتائج الأفكار /انظر شرح فتح القدير ٩: ١٢٩ .

(١) يعود رهناً، كما لو رهنه عصيراً، فصار خمراً، ثم صار خلا.

(٢) لا يعود الرهن، لأنه عاد الملك فيه بمعالجة، وأمر أحدثه، فلم يعد رهناً، بخلاف الخمر، فإنها صارت خلا بغير معنى من جهته /المهذب ١٢ : ٢٦١ .

(٣) قال المرغيناني رحمه الله: ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت، فدبغ جلدها، فصار يساوي درهماً، فهو رهن بدرهم، لأن الرهن يتقرر بالهلاك، فإذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها، حيث لا يعود البيع، لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض، =

فإن أراق رجل خمراً، فجمعها آخر، وصارت في يده خلاً، فهل يملكها؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يملكها واختاره الشيخ أبو نصر، وذكر أنها تعود إلى ملك الأول[1] .

فإن اختلفا، فقال المرتهن: صارت خلاً بنفسها، وقال الراهن: بل خللت، ففيه وجهان :

أحدهما : أن القول قول المرتهن .

والثاني : أن القول قول الراهن، وخرج ذلك من إقرار الراهن .

(وإن)[2] احتيج إلى بيع الجارية المرهونة ولها ولد صغير، لم يدخل في الرهن، ففيه وجهان :

أصحهما : أنهما يباعان جميعاً.

= والمنتقض لايعود، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه. ومن مشايخنا /من يمنع مسألة البيع ويقول: يعود البيع /الهداية /شرح فتح القدير ٩: ١٢٩.

(١) يكون لمن أراقه، لأنه يعود إلى سابق ملكه، والملك للمريق، فهو كما لو غصب من رجل خمراً وصار في يده خلا.

والثاني: يكون ملكاً لمن هو في يده لأنه إذا أراقه صاحبه فقد رفع يده عنه فإذا جمعه الآخر، صارت له عليه يد، والأول أصح.

قال ابن الصباغ: إذا رهنه عصيراً، فصار خمراً في يد الراهن قبل القبض، بطل الرهن، فإن عاد خلا لم يعد الرهن، ويخالف إذا كان بعد القبض لأن الرهن قد لزم، وقد صار مانعاً للملك، وكذلك إذا اشترى عصيراً، فصار خمراً في يد البائع وعاد خلا، فسد العقد ولم يكن ملكاً للمشترى بعوده خلا، والفرق بينه وبين الرهن، أن الرهن، عاد تبعاً لملك الراهن، وها هنا يعود لملك البائع لعدم العقد /المهذب ١٢: ٢٦٣.

(٢) (وإن): في أ وفي ب وإذا وفي حـ فإذا.

فإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط، لم يضمنه، وبه قال عطاء والأوزاعي وأحمد، وأبو ثور[1] .

وقال أبو حنيفة، وسفيان، والثوري : الرهن مضمون بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين[2] .

---

(١) لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: (قضى رسول الله ﷺ أن لا يغلق الرهن فمن رهنه) سبق تخريجه، ولأنه ليس وثيقة بدين ليس بعوض منه، فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن والحديث دليل في ثلاثة أمور:

أحدها: قوله ﷺ: (لا يغلق الرهن) وله ثلاث تأويلات:

١ ـ لا يكون الرهن للمرتهن بحقه إذا حل الحق.

٢ ـ لا يسقط الحق بتلفه.

٣ ـ أي لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن، بل له فكه، فإن قيل: فهذا حجة عليكم، لأن قوله ﷺ: (لا يغلق الرهن) أي لا يهلك بغير عوض، قال زهير:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد علقا

يعني ارتهن، فخلبه الحب يوم الوداع فأمس وقد غلق الرهن، أي هلك بغير عوض قلنا: هذا غلط، لأن القلب لا يهلك، وإنما معناه أن القلب صار رهناً بحقه، وقد انغلق انغلاقاً لا ينفك.

الثاني : قوله ﷺ: (من راهنه): يعني من ضمانه، قال الشافعي رضي الله عنه: وهذه أبلغ كلمه للعرب في أنهم إذا قالوا: هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه.

الثالث: قوله ﷺ: (له غنمه وعليه غرمه). قال الشافعي رضي الله عنه: وغرمه هلاكه وعطبه، ولأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسداً، لم يضمن، فوجب إذا كان صحيحاً أن لا يضمن أصله، كالوديعة ومال المضاربة، والوكالة والشركة، وعكسه المقبوض عن البيع والقرض/ المهذب للشيرازي ١٢: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٤: ٤٣٨، والمجموع ١٢: ٢٦٥.

(٢) ويروى ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجوا بما روى عطاء : أن =

وقال مالك: يضمن من الرهن ما يخفي هلاكه من الذهب، والفضه، والعروض، ولا يضمن ما يظهر هلاكه، كالحيوان والعقار .

وقال (شريح)[1] والشعبي : الرهن مضمون بجميع الدين، وإن كان أكثر من قيمته.

فإن قضاه الدين، أو أبرأه المرتهن منه (كان)[2] (الرهن أمانة في يده).

وقال أبو حنيفة : إذا قضاه، كان مضموناً عليه)[3] وإذا أبرأه منه، أو وهبه له ثم تلف الرهن في يده، لم يضمنه استحساناً .

فإن غضب عينا فرهنها على دين، ولم يعلم المرتهن، وهلكت عنده من غير تفريط، فهل يجوز للمالك أن يغرمه؟ فيه وجهان حكاهما أبو العباس بن سريج .

أحدهما : أنه لا يغرمه[4] .

= رجلاً رهن فرساً فنفق عند المرتهن ، فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك ، فقال (ذهب حقك) السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٤١ . ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء ، فيضمنها من قبضها لذلك . أو من قبضها نائبه كحقيقة . المستوفى ؟ ولأنه محبوس بدين ، فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه .

(١) (شريح) : في ب وفي حـ بن شريح وفي أ شريح .

(٢) (كان) : في آ ، حـ وفي ب كان مضموناً عليه وهذا سهو من الناسخ .

(٣) (الرهن . . . مضموناً عليه) : ساقطة من ب وموجودة في أ ، حـ .

(٤) لأنه دخل على الأمانة .

والثاني: أنه يغرمه[1]، فعلى هذا إذا غرمه، (فهل يرجع)[2] بما غرم على الراهن؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس يرجع[3].

والثاني: لا يرجع[4]، وهذا كما قال الشافعي رحمه الله فيه.

إذا أودعه مغصوباً، ولم يعلم، فهل لـه أن يغرم المـودع؟ فيه قولان:

فإن استقرض من مسلم مالاً، ورهن (عنده)[5] خمراً على يد ذمي، لم يصح الرهن، فإذا حل الحق، فباعها الذمي من ذمي، وجاءه بالثمن، فهل يجبر المسلم على قبض الثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجبر.

والثاني: أنه يقال له: أما ان تبرى (أو تأخذ)[6].

---

(١) لأنه أخذه من يد ضامنه.

(٢) (فهل يرجع): مكررة في آ.

(٣) لأنه غره.

(٤) لأنه حصل التلف في يده، فاستقر الضمان عليه، فإن بدأ وغرم الراهن فإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم رجع على الراهن، لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه.
وإن قلنا: أن المرتهن إذا غرم، لا يرجع على الراهن، رجع عليه الراهن بما غرمه/المهذب ١٢ : ٢٦٤.

(٥) (عنده): في آ، ب وفي حـ عنه.

(٦) (أو تأخذ): في ب، حـ وفي آ أو تأخذه.

فإن باع العدل الذي رضي به المتراهنان الرهن وتلف الثمن في يده من غير تفريط، فإنه من ضمان الراهن، وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة، ومالك: هو من ضمان المرتهن(1) .

فإن خرج المرهون بعد البيع مستحقاً، فالعهدة على الراهن دون العدل، والمرتهن، وكذا كل وكيل في البيع، وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة : العهده على العدل، (ويرجع بها على الراهن)(2) .

---

(1) لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة : فتح القدير ٩ : ١٠٥ .

(2) هذه المسألة لم أر في كتب المذاهب تفصيلاً رائعاً كالحنفية ولذلك أذكرها كما وردت :

« وكشف هذا : أن المرهون المبيع إذا استحق : أما أن يكون هالكاً أو قائماً .

ففي الوجه الأول : المستحق بالخيار ، إن شاء ضمن الراهن قيمته ، لأنه غاصب في حقه ، وإن شاء ضمن العدل ، لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن ، نفذ البيع ، وصح الاقتضاء ، لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ، ينفذ المبيع أيضاً ، لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه باع ملك نفسه ، وإذا ضمن العدل ، فالعدل بالخيار ، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ، ونفذ البيع وصح الاقتضاء ، فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ، لأنه ملك العبد بأداء الضمان ، ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له ، وإنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه ، لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه ، وإذا رجع ، بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه .

وفي الوجه الثاني : وهو أن يكون قائماً في يد المشترى ، فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ، =

وقال مالك: لا عهدة على العدل، ولكن يرجع المشتري على المرتهن ويعود دينه في ذمة الراهن، كما كان .

فإن شرط المرتهن أنه إذا حل الحق أن يبيعة، لم يجز أن يبيعه بنفسه، وإذا باعه لم يصح البيع.

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: يصح (التوكيل والبيع)[1] .

(إذا)[2] دعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن ولم يشهد عليه، وأنكر المرتهن ذلك ضمن.

(وقال العدل أبو حنيفة : لا يضمن فإن مات العدل، لم يجز للحاكم أن يدفع الرهن إلى المرتهن)[3] .

وقال أبو حنيفة : يجوز.

(فإن أقر)[4] بوطىء الجارية المرهونة وقد (حبلت منه)[5]، فإن

= لأنه العاقد ، فتتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ، ثم العدل بالخيار ، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة، لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة، فيجب عليه تخليصه، وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن، لأن المقبوض سلم له، وإن شاء رجع على المرتهن، لأنه إذا انتقض العقد، بطل الثمن، وقد قبضه ثمناً، فيجب نقض قبضة ضرورة، وإذا رجع عليه وانتقض قبضه، عاد حقه في الدين كما كان، فيرجع به على الراهن). فتح القدير ٩ : ١٠٨، ١٠٩.

(١) (التوكيل والبيع : في ب ، حـ وفي آ التوكيل في والبيع .

(٢) (إذا) : في أ ، ب وفي حـ وإذا .

(٣) (وقال أبو حنيفة .... إلى المرتهن) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٤) (فإن أقر) : في ب ، حـ وفي آ فإن أمر .

(٥) (حبلت منه) : في ب ، حـ وفي آ حملت منه .

(كان)[1] قبل عقد الرهن ، أو قبل القبض، خرجت من الرهن، وهل يثبت له الخيار في فسخ البيع المشروط فيه؟

قال القاضي أبو الطيب : لا خيار له.

وكذا : ذكر الشيخ أبو حامد .

وذكر صاحب المجموع: أنه (إذا)[2] كان قبل العقد، فلا خيار له، وإن كان بعد العقد، فله الخيار .

قال الشيخ أبو نصر رحمه الله : وعندي أنه يثبت له الخيار بكل حال.

وإن أقر بذلك بعد القبض، فهل يقبل إقراره في حق المرتهن؟ فيه قولان .

---

(١) (كان) : في آ ، حـ وفي ب كانت .

(٢) (إذا) : في آ ، حـ وفي ب إن .

بـــاب
اختلاف المتراهنين[1]

إذا رهنه أرضاً، وأقبضه إياها، ووجد فيها نخل يجوز أن يكون حادثاً بعد الرهن، ويجوز أن يكون قبله، فقـال الراهن: حـدث بعد الرهن، فهو خارج من الرهن، وقال المرتهن: بل كان موجوداً حـال العقد، فهو داخل في العقد، أو قال: رهنته مع الأرض فالقول قول الراهن.

وقال المزني: القول قول المرتهن[2].

فإن رهنه حمل شجرة تحمل حملين، وحدث حمل آخر، وقلنا:

---

(١) (باب اختلاف المتراهنين) : غير واضحة في حـ .

(٢) لأنه في يده ، وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين . وقوله : (أنه في يده) ، وهذا خطأ لما ذكرناه لا يصح ، لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد ، ولهذا لو اختلفا في أصل العقد ، كان القول : قول الراهن ، وإن كانت العين في يد المرتهن/المهذب ١٢ : ٢٦٧ .

يصح العقد، واختلفا في مقدار الحمل الأول، فالقول قول الراهن.
وقال المزني: القول قول المرتهن[1].

فإن كان لرجل على رجل ألفان، وبأحداهما رهن دون الأخرى، فقضاه ألفاً وأُطْلِقَ ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق، أن له أن (يعينها)[2] فيما شاء من الألفين.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: تقع عن الألفين، (فينقضي)[3] من كل (واحد)[4] منهما خمسمائة.

فعلى هذا: لو اتفقا بعد الدفع، على أن يكون قضاء عن إحدى الألفين بعينها، ففيه وجهان ذكرهما في الحاوي، وذكر أن أصحهما (أنه)[5] لا يجوز.

(فإن قال الراهن)[6] رهنته بألف، وزادني ألفاً أن يكون رهناً بالألفين، وقال المرتهن، بل رهنتنيه بالالفين دفعه وقلنا: لا يجوز الزيادة في الدين بالرهن الواحد، ففيه وجهان:

---

(١) لأنه في يده، وهذا لا يصح، لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلا ما أقر به، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجع بها في العقد/المهذب ١٢ : ٢٦٨.

(٢) (يعينها): في ب، حـ وفي آ يعينها.

(٣) (فينقضي): في ب، حـ وفي آ فينقص.

(٤) (واحد): في حـ وفي آ واحدة.

(٥) (أنه): في ب وفي آ، وأن.

(٦) (فإن قال الراهن): في حـ وفي آ، ب فإن قال:

أحدهما : أن القول، قول الراهن(١) .

والثاني : أن القول قول المرتهن(٢) .

فإن قال الراهن : رهنته وأقبضته، ثم رجع، وقال: ما كنت (أقبضه)(٣)، فحلفوه أنه قبض، فالمنصوص: أنه يحلف وهو قول ابن خيران، وعامة أصحابنا .

وقال أبو إسحاق: إن قال وكيلي : اقبضه، وبان لي (أنه)(٤) لم يكن أقبضه، حلف، وإن كان قد قال: أنا اقبضته، ثم رجع، لم يحلف(٥) والمذهب الأول .

وقال أبو حنيفة : لا يحلف.

فإن رهنه عصيراً، وأقبضه، ثم وجد في يده خمراً فقال: أقبضتنيه (وهو خمر، فلي الخيار في فسخ العقد، وقال الراهن: بل أقبضتكه)(٦) وهو عصير، فصار في يدك خمراً، فلا خيار لك، ففيه قولان :

---

(١) لأنهما لو اختلفا في أصل العقد ، كان القول قوله ، فكذلك إذا اختلفا في صفته .

(٢) لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين ، والراهن يدعى أن ذلك كان في عقد آخر ، والأصل عدمه ، فكان القول : قول المرتهن/المهذب للشيرازي ١٢ : ٢٦٩ .

(٣) (اقبضته) : في ب ، حـ وفي آ قبضته .

(٤) (أنه) : في ب ، حـ وفي آ أن .

(٥) لأن إقراره المتقدم يكذبه .

(٦) (وهو خمر ، فلي الخيار في فسخ العقد . وقال الراهن : بل أقبضتكه في ب ، حـ وساقطة من أ .

أصحهما : أن القول قول الراهن(١) .

والثاني : أن القول قول المرتهن(٢)، وهو اختيار المزني، وبه قال أبو حنيفة.

فأما إذا اختلفا في أصل العقد، فقال المرتهن، رهنتنيه خمراً، وقبضته خمراً.

وقال الراهن: بل رهنتك عصيراً، وقبضته عصيراً(٣)، ففيه طريقان :

قال أبو علي بن أبي هريرة: القول قول المرتهن قولاً واحداً(٤). ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أيضاً.

فإن رهن عبداً، واقبضه في محمل، أو ملفوفاً في ثوب، ووجد ميتاً، (واختلفا)(٥) .

فقال الراهن : اقبضتكه وهو حي، فلا خيار لك، وقال المرتهن : بل أقبضتنيه ميتاً، فلي الخيار، (ففيه)(٦) طريقان :

---

(١) لأنهما اتفقا على العقد والقبض ، واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول : قول من ينفي الصفة، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض/ المهذب ١٢ : ١٧٣ .

(٢) لأن الراهن يدعي قبضاً صحيحاً ، والأصل عدمه .

(٣) فصار عندك خمراً .

(٤) لأنه ينكر العقد ، والأصل عدمه .

(٥) (واختلفا) : في آ ، حـ وفي ب فاختلفا .

(٦) (ففيه) : في ب وفي أ ، حـ فيه .

أصحهما : أنه على القولين كالعصير .

والثاني : وهو قول أبي علي الطبري، أن القول قول المرتهن[1] .

إذا كان على رجل ألفان لرجلين، لكل واحد منهما ألف، فادعى كل واحد منهما: أنه رهن العبد عنده بدينه، والعبد في يد الراهن أو العدل[2]، فإن صدقهما، وادعى الجهل بالسابق منهما.

فالقول: قوله مع يمينه، فإذا حلف، فسخ الرهن على المنصوص[3] ومن أصحابنا من قال: يجعل بينهما نصفين[4] .

(وإن)[5] صدق أحدهما، وكذب الآخر، أو صدقهما، (وعين)[6] السابق منهما، فالرهن للمصدق، وهل يحلف (للآخر)[7]؟ فيه قولان[8] بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد، ثم لعمرو .

---

(١) لأن هذا اختلاف في أصل القبض ، لأن الميت لا يصح قبضه ، لأنه لا يقبض إلا ظاهراً ، بخلاف العصير ، فإنه يقبض في الظرف ، والظاهر منه الصحة/المهذب ١٢ : ١٧٣ .

(٢) فإن كذبهما فالقول : قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الرهن .

(٣) لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل ، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين ، وجهل السابق منهما .

(٤) لأنه يجوز أن يكون مرهوناً عندهما ، بخلاف الزوجة .

(٥) (وان) : في آ ، ب وفي حـ فإن .

(٦) (وعين) : في آ ، ب وفي حـ أو عين .

(٧) (للآخر) : في آ ، ب وفي حـ الآخر .

(٨) أحدهما : يحلف ، والثاني :لا يحلف .

ـ فإن قلنا: يحلف، فنكل عن اليمين، رددنا اليمين على الآخر، فإن حلف (بُني)(١) على القولين في اليمين المردودة بعد النكول .

ـ (فإن)(٢) قلنا: إنها كالبينة(٣).

قال الشيخ أبو حامد: يجيء على هذا القول: أن يسلم إلى الثاني .

ـ وإن قلنا: (أنه)(٤) كالإقرار، ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها : أنه ينفسخ الرهن(٥) .

والثاني : أنه يجعل بينهما(٦) .

والثالث : وهو أصحهما أنه يقر في يد الأول، ويغرم للثاني قيمته (تكون)(٧) رهناً عنده(٨) .

وإن كان العبد في يد أحد المرتهنين: (٩)

---

(١) (بني) : في ب ، حـ وفي أ بناء .

(٢) (فإن) : في ب ، وفي أ ، حـ وإن .

(٣) نزع العبد وسلم إلى الثاني .

(٤)) (أنه) : في آ ، ب وفي حـ ساقطة .

(٥) لأنه أقر لهما ، وجهل السابق منهما .

(٦) لأنهما استويا ، ويجوز أن يكون مرهوناً عندهما ، فجعل بينهما .

(٧) (تكون) : في ب ، حـ وفي آ يكون .

(٨) لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن ، فلزمه ضمانة .

(٩) فإن كان في يد المقر له ، أقر في يده ، لأنه اجتمع له اليد والإقرار؟ وهل يحلف للثاني ؟ على القولين .

ـ فإن كان في يد غير المقر (له)[1] فقد حصل لأحدهما يد، وللآخر إقرار، وفيه قولان :

أصحهما : أنه يقدم الاقرار[2] .

والثاني : يقدم اليد، وهو قول المزني[3] .

ـ فإن كان يدهما ، فللمقر له، الإقرار واليد على النصف، وفي النصف الآخر له إقرار وللآخر يد، وفيه قولان :

أحدهما : أنه يقدم الإقرار، فيصير الجميع رهناً عند المقر له.

والثاني : يقدم اليد، فيكون الرهن بينهما .

إذا ادعى العدل، تلف الرهن، وصدقه الراهن، وكذبه المرتهن وكان الراهن معسراً، فهل يسقط اليمين عن العدل بتصديق الراهن؟ فيه وجهان :

فإن ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن[4] ، وكان مأذوناً

---

(١) (له) : ساقطة عن أ وموجودة في ب ، حـ .

(٢) لأنه يخبر عن أمر باطن .

(٣) لأن الظاهر معه ، والأول أظهر ، لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد .

(٤) فإن أدعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن ، فأنكر ، فقال القاضي وابن الخطاب يقبل قوله في حق الراهن ، ولا يقبل في حق المرتهن ، لأن العدل وكيل الراهن في دفع الدين إلى المرتهن ، وليس بوكيل للمرتهن في ذلك ، إنما هو وكيله في الحفظ فقط ، فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه ، كما لو وكل رجلاً في قضاء دين ، فأدعى أنه سلمه إلى صاحب الدين .

ومذهب أبي حنيفة : يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ، ولا يقبل في إيجاب الضمان على غيره ، لأنه أمين ، فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه ، كالمودع يدعى رد الوديعة ، فعلى هذا : إذا حلف =

(له)[1] في الدفع، وصدقه على الدفع إليه، ولم يكن الراهن حاضراً وقت الدفع فهل يسقط من الراهن عن العدل بتصديقه؟ فيه وجهان:

أحدهما : أنه يسقط كما لو كان حاضراً، (وقت)[2] الدفع.

وقال أكثر أصحابنا : لا يزول (التفريط)[3] بترك الإشهاد بحضوره .

فإن لم يكن الراهن قد أذن له في الدفع إليه، والمرتهن مقر بالقبض فقد برىء العدل من حق المرتهن، ولم يبرأ من مطالبة الراهن .

= العدل له سقط الضمان عنه ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه ، وعلى القول الأول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فإن رجع على العدل ، لم يرجع العدل على الراهن ، لأنه يقول : ظلمني ، وأخذ مني بغير حق ، فلم يرجع على الراهن ، كما لو غصبه مالاً آخر . فإن رجع على الراهن ، فهل يرجع الراهن على العدل؟ نظرت ، فإن كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن ، أو بينه ، فماتت ، أو غابت ، لم يرجع عليه ، لأنه أمين ولم يفرط في القضاء ، وإن دفعه إليه ببينة في غيبة الراهن ، ففيه روايتان :

أحدهما : يرجع الراهن عليه ، لأنه مفرط في القضاء بغير بينة ، فلزمه الضمان ، كما لو تلف الرهن بتفريطه ، ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرقي ، ومن أمر رجلاً أن يدفع إلى رجل مالاً ، وادعى أنه دفعه إليه ، لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة .

والرواية الثانية : لا يرجع الراهن عليه ، لأنه أمين في حقه ، سواء صدقه في القضاء، أو كذبه، إلا أنه إن كذبه، فله عليه اليمين، المغني لابن قدامة، ٤ : ٢٦٨.

(١) (له) : ساقطة من ب وموجودة في أ ، حـ .

(٢) (وقت) : في ب وفي أ ، حـ وجب .

(٣) (التفريط) : في ب ، حـ وفي آ لتفريطه .

قال صاحب الحاوي: (وجدت)[1] (أبا)[2] الفياض (البصري)[3] من أصحابنا يقول: أن العدل يبرأ من (مطالبة)[4] الراهن أيضاً، لأنه قد أبرأه من حق المرتهن، وهذا غير صحيح.

فإن قال (رهنته عندك)[5] بخمس مائة، (فقال)[6] المرتهن: بل بألف، فالقول قول الراهن، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد[7].

---

(١) (وجدت : في آ ، حـ وغير واضحة في ب .

(٢) (أبا) : ساقطة من النسخ الثلاث .

(٣) (البصري) : ساقطة من حـ وموجودة في آ ، ب .

(٤) (مطالبة) : في ب ، حـ وفي آ مطالبته .

(٥) (رهنته عندك) : في ب ، حـ وفي آ رهنته ، وعندك ساقطة .

(٦) (فقال) : في آ ، ب وفي حـ وقال .

(٧) وهو قول النخعي ، والثوري ، والبتي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولأن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن ، والقول قول المنكر ، لقول الرسول ﷺ : (لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى قوم دماء رجال ، وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه ، رواه مسلم وقد سبق تخريجه .

ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الخمسمائة ، فالقول : قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم ، فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته ، إذا ثبت هذا فإن القول : قول الراهن في قدر ما رهنه به ، سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين ، أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين ألفان ، وقال الراهن : إنما رهنتك بأحد الألفين ، وقال المرتهن : بل رهنته بهما ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعبده ، والقول : قول المنكر .

وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين ، وقال الراهن : هو رهن بالمؤجل ، وقال المرتهن بل بالحال ، فالقول : قول الراهن مع يمينه لأنه منكر ، لأن =

وقال مالك: القول قول المرتهن (في)[1] قدر الدين، فإن ادعى أكثر من ذلك، فالقول: قول الراهن[2] .

فإن كان لرجل على رجلين ألف درهم، على واحد منهما خمسمائة ولهما عبد مشترك فادعى عليهما أنهما رهناه العبد بالألف، فأنكر كل واحد منهما أن يكون رهنه نصيبه، وشهد كل واحد منهما على صاحبه أنه رهنه نصيبه، حلف المرتهن مع كل واحد منهما على رهن نصيب صاحبه وصار جميعه رهناً عنده[3] .

قال الشيخ أبو حامد رحمه الله: في قبول شهادة كل واحد منهما على صاحبه (نظر)[4] لأن المشهود له، يدعي على كل واحد منهما أنه ظالم بجحوده لما إدعاه، وإذا طعن في شهوده، لم تقبل شهادتهم له.

= القول: قوله في أصل الرهن، فكذلك في صفته وهذا إذا لم يكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة، حكم بها بغير خلاف في جميع هذه المسائل/ المغني لابن قدامة ٤ : ٢٩٩.

(١) (في) : في حـ وفي آ ، ب إلى .

(٢) وحكى عن الحسن ، وقتادة ، وذلك ما لم يجاوز ثمن الرهن، أو قيمته ، لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

(٣) تقبل شهادة كل واحد إذا كان عدلاً . أو يحلف مع أحدهما ، ويصير نصيب الآخر رهناً .

وإن أقر أحدهما ، ثبت في حقه وحده ، وإن شهد المقر على المنكر قبلت شهادته إن كان عدلاً ، لأنه لا يجلب لنفسه نفعاً ، ولا يدفع عنها ضرراً .

(٤) (نظر) : في حـ وفي أ، ب نظرا .

(٥) ويقول ابن قدامة رداً على رأي الشيخ أبي حامد : لا يصح هذا ، فإن إنكار الدعوى لا يثبت با فسق المدعى عليه ، وإن كان الحق عليه ، لجواز أن ينسى ، أو تلحقه شبهة فيما يدعيه ، أو ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً ، وتخاصما فيه ، ثم شهدا عند الحاكم بشيء ، لم ترد شهادتهما ، وإن كان أحدهما كاذباً =

قال الشيخ أبو نصر رحمه الله: (ما قال)[1] أصحابنا صحيح، والتخاصم لا يثبت فسق المتخاصمين لا في الدعوى ولا في الإنكار، لجواز أن يقع لهما شبهة في ذلك.

(وإن)[2] رهن عبداً، وأقبضه، ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل، وصدقه المقر له وأنكر المرتهن، ففيه قولان:

أصحهما: أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني[3]، وهو قول أبي حنيفة.

والثاني: أن القول قول الراهن[4]، وكذا القولان فيه إذا أقر أنه كان قد أعتقه قبل الرهن.

وأبو حنيفة يقول: إذا أثر بعتقه، فقد قال الشيخ أبو نصر رحمه الله وينبغي أن يكون لنا فيه قول آخر. (أنه إن)[5] كان معسراً لم ينفذ إقراره بالعتق، وإن كان موسراً نفذ فإن قلنا: يقبل قول الراهن، فهل عليه (اليمين)؟[6].

= في مخالفته لصاحبه، ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً، مع تحقق الجرح في أحدهما/المغني لابن قدامة ٤ : ٣٠١.

(١) (ما قال): في آ، حـ وفي ب ما قاله.

(٢) (وإن): في آ، ب وفي حـ فإن.

(٣) لأنه عقد إذا تم، منع البيع، فمنع الإقرار كالبيع.

(٤) لأنه أقر في ملكه بما لا يجر نفعاً إلى نفسه، فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهوناً، ويخالف هذا إذا باعه، لأن هناك زال ملكه عن العبد، فلم يقبل إقراره عليه، وهذا باق على ملكه، فقبيل إقراره عليه/المهذب ١٢ : ٢٧٦.

(٥) (أنه إن): في ب وفي أ، حـ أنه.

(٦) (اليمين ؟): في آ، حـ وفي ب اليمين فيه.

من أصحابنا: من جعل فيه قولين[1] .

وقيل: فيه وجهان:

أحدهما : أنه يلزمه اليمين، وهو اختيار الشيخ أبي حامد قال: (وقد نص)[2] الشافعي رحمه الله على ذلك .

والقول الثاني: أنه لا يمين عليه، واختاره القاضي أبو الطيب رحمه الله، لأن الشافعي لم يذكر اليمين مع قول الراهن، وذكره مع قول المرتهن :

فإذا (جعلنا)[3] القول قول الراهن مع يمينه، فحلف، صار كأنه رهنه وهو جاني (وفي)[4] رهنه قولان:

فإن قلنا: إن رهنه باطل بيع في الجناية، فإن لم يستغرقه الأرش[5] بيع منه بقدر الأرش، وفي الباقي وجهان:

أحدهما: أنه يكون مرهوناً[6].

---

(١) القول الأول : لا يحلف ، لأن اليمين إنما يعرض ليخاف ، فيرجع إن كان كاذباً ، والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه ، فلا معنى لعرض اليمين ، ولأنه أقر في ملكه لغيره ، فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين .

والقول الثاني : يحلف ، لأنه يحتمل أن يكون كاذباً بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن فحلف/المهذب ١٢ : ٢٧٦ .

(٢) (وقد نص) : في ب ، حـ وفي آ ونص .

(٣) (جعلنا) : في ب ، حـ وفي آ جعلت .

(٤) (وفي) : في ب ، حـ وفي آ في .

(٥) وإن استغرق الأرش قيمته ، بيع الجميع .

(٦) لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجنى عليه ، وقد زال .

والثاني: (أنه)[1] لا يكون مرهوناً[2].

ـ وإن قلنا: إن رهنه صحيح (بيع في الجناية، فإن لم يستغرقه الأرش، بيع منه بقدره، وكان الباقي رهناً)[3].

فإن اختار السيد أن يفديه على هذا (القول)[4] (فبكم)[5] يفديه؟ فيه قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من قيمته، أو أرش جنايته.

والثاني: أنه يفديه بأرش الجناية[6]، أو يسلمه (للبيع)[7].

ـ وإن قلنا: إن القول قول المرتهن مع يمينه، فهل يغرم الراهن أرش الجناية؟ فيه قولان بناء على القولين في الإقرار بالدار لزيد ثم لعمرو[8].

فإن قلنا: يغرم فكم يغرم؟ فيه طريقان.

---

(١) (أنه): في ب، حـ وفي أ ساقطة.

(٢) لأنا حكمنا ببطلان الرهن من أصله، فلا يصير مرهوناً من غير عقد.

(٣) (بيع في الجناية .... الباقي رهناً): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٤) (القول): في آ، حـ وساقطة من ب.

(٥) (فبكم): في ب، حـ وفي آ فكم.

(٦) بالغاً ما بلغ.

(٧) (للبيع): في ب، حـ وفي آ البيع.

(٨) القول الأول: يغرم، لأنه منع بالرهن حق المجنى عليه.
والقول الثاني: لا يغرم، لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليه، وإن كان صادقاً، وجب تسليم العبد.

مـن أصحابنا من قال: فيه قولان (كالقسم)[1] قبله.

ومنهم من قال: يغرم أقل الأمرين قولاً واحداً.

فإن نكل المرتهن عن اليمين، فعلى من (ترد)[2] اليمين؟ فيه طريقان؛

أحدهما: أنها ترد على الراهن، فإن نكل، فهل (ترد)[3] على المجني عليه؟ فيه قولان: كما قلنا في غرماء الميت.

ومن أصحابنا من قال: ترد[4] اليمين على المجني عليه أولاً، فإن نكل فهل (ترد) على الراهن؟ فيه قولان وهو الأصح[5].

وقـال أبو حنيفـة: في المرهـون إذا جنى كانت الجنـايـة على المرتهن[6]، فإن فداه، كان العبد مرهوناً عنده كما كـان، ولا يرجـع بالفداء[7].

---

(١) (كالقسم): في حـ وفي أ، ب كالقسمة والأول هو الصحيح.

(٢) لأنه إنما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع، وههنا لا يمكن بيعه، فصار كجناية أم الولد/المهذب ١٢ : ٢٧٧.

(٣) (ترد): في ب وفي آ، حـ يرد.

(٤) (ترد): في حـ وفي أ، ب يرد.

(٥) لأن المجنى عليه، يثبت الحق لنفسه، وغرماء الميت يثبتون الحق للميت.

(٦) لأنه لا يملك التمليك.

(٧) لأن الجناية حصلت في ضمانة، فكان عليه إصلاحها، ولو أبى المرتهن أن يفدي، قيل للراهن: ادفع العبد أو افداه، لأن الملك في الرقبة قائم له، وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه، فإذا امتنع عن الفداء، يطالب الراهن بحكم الجناية، ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء.

وإن بيع في الجناية، (أو فداه)(١) السيد، سقط دين المرتهن إن كان بقدر الفداء أو دونه، (وبناه)(٢) على أصله، في أن الرهن مضمون على المرتهن، فتكون جنايته مضمونة عليه.

فإن ادعى الراهن أنه وطىء الجارية المرهونة(٣)، وقد أتت (بولد)(٤)، وأنكر المرتهن الوطىء، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المرتهن مع يمينه.

والثاني: أن القول قول الراهن.

وذكر في الحاوي: أنه من غير يمين.

وإن وطىء (المرتهن)(٥) الجارية المرهونة، عالماً بالتحريم،

= فإن اختار الدفع، سقط الدين، لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن، فصار كالهلاك، وكذلك إن فدى، لأن العبد كالحاصل له بعوض، كان على المرتهن وهو الفداء، بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً، أو استهلك مالاً، حيث يخاطب الراهن بالدفع، أو الفداء في الابتداء، لأنه غير مضمون على المرتهن، فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين، كما لو هلك في الابتداء، وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالها/الهداية مع شرح فتح القدير ٩ : ١٢٥.

(١) (أوفداه): في آ، ب وفي حـ فداه.

(٢) (وبناه): في آ، ب وفي حـ وبقاه.

(٣) بإذن المرتهن.

(٤) (بولد): في ب، حـ وفي آ بولود، أي لمدة الحمل، وصدقه المرتهن ثبت نسب الولد، وصارت الجارية أم ولد/المهذب ١٢ : ٢٨٠.

(٥) (المرتهن): في آ، حـ وساقطة من ب.

وجب عليه الحد، ولا يجب المهر إذا كانت (تطاوعه)[1] على المنصوص.

وقيل: يجب .

وإن (وطئها)[2] بإذن الراهن.

قال الشيخ أبو حامد: حكمه حكم ما لو وطئها من غير إذنه إلا في المهر وقيمة الولد، (فإن)[3] كانت مكرهه (ففي)[4] وجوب المهر قولان :

وأما قيمة الولد، فقد نص الشافعي رحمه الله على وجوبها.

فمن أصحابنا منن قال : هي كالمهر على (قولين)[5]، (واختاره)[6] القاضي أبو الطيب.

ومنهم من قال : يجب قولاً واحداً.

قال القاضي أبو الطيب : الإذن من الراهن، شبهه عند العامة تحمل صدقة في دعواه الجهالة.

فإن اعتق الراهن العبد المرهون وقال: أعتنقته بإذنك، وأنكر المرتهن الإذن.

---

(١) (تطاوعه) : في آ ، ب وفي حـ مطاوعه .

(٢) (وطئها) : ف ب ، حـ وفي أ وطىء .

(٣) (فان) : في آ ، حـ وفي ب وإن .

(٤) (ففي) : في ب ، حـ وفي أ على .

(٥) (قولين) : في آ ، حـ وفي ب القولين .

(٦) (واختاره) : في حـ وفي آ ، ب واختار .

(فالقول)[1] قوله مع يمينه، فإن نكل حلف الراهن، فإن نكل، فهل ترد اليمين على العبد؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه على القولين، بناء على غرماء الميت[2].

ومن أصحابنا من قال: (ترد)[3] على العبد قولاً واحداً[4].

---

(١) (فالقول) : في حـ وفي آ ، ب والقول .

(٢) أي بناء على رد اليمين على غرماء الميت .
قال في الجديد : لا ترد ، لأنه غير المتراهنين ، فلا ترد عليه اليمين .
وقال في القديم : ترد لأنه يثبت لنفسه حقاً باليمين/المهذب ١٢ : ٢٧٩ .

(٣) (ترد) : في ب وفي آ ، حـ يرد .

(٤) لأن العبد يثبت باليمن حقاً لنفسه وهو العتق ، خلاف غرماء الميت .

كتـاب

التفليـس (١)

إذا كان عليه دين مؤجل، وأراد سفراً قبل محل الدين، لم يكن له

---

(١) المفلس لغة: مأخوذ من الفلوس، وهو أخس مال الرجل، وجاء في المصباح المنير: أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس كما يقال: أقهر، إذا صار إلى حال يقهر عليه، وبعضهم يقول: صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم. فهو مفلس، والجمع مفاليس.

وحقيقته: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر، وفلّسه القاضي تفليساً، نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلساً.

والفلس الذي يتعامل به: جمعه في القلة أفلس، وفي الكثرة فلوس، / المصباح المنير ٢: ٧٣٨ ـ ٧٣٩.

وقال بن رشد: الفلس: عدم المال، والتفليس: خلع الرجل من ماله لغرمائه، والمفلس: المحكوم عليه بحكم الفلس / بلغه السالك لأقرب المسالك ٢: ١٢٤.

وقال ابن قدامة: هو الذي لا مال له، ولا ما يدفع به حاجته. وفي صحيح مسلم قال النبي ﷺ لأصحابه: أتدرون من المفلس؟ قالوا: يا رسول الله المفلس =

منعه ولا مطالبته بكفيل(١).

ومن أصحابنا من قال: إذا كان السفر مخوفاً، ملك منعه منه، أو مطالبته بكفيل(٢).

= فينا من لا درهم له ولا متاع، قال: «ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال، الجبال، ويأتي وقد ظلم هذا، ولطم هذا وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فردٌ عليه، ثم صُكٌ له صك إلى النار) الفتح الكبير ٣:٣٠ فقول الصحابة: إنما هو اخبار عن حقيقة المفلس، وقول النبي ﷺ (ليس ذلك المفلس) تجوُّز لم يرد به نفي الحقيقة، بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغني، ونحو هذا: قول النبي ﷺ: (ليس الشديد بالصرعة، ولكن الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب) صحيح البخاري بحاشية السندي٤/٦٨.

وقول النبي ﷺ: ليس السابق من سبق بغيره، وإنما السابق من غفر له، وقوله ﷺ (ليس الغني عن كثرة العرض، إنما الغني غني النفس). الفتح الكبير ٣:٥٨. ومنه قول الشاعر:

ليس من مات فاستراح بميت ... إنما الميت ميت الأحياء

وإنما سمى هذا مفلساً، لأنه لا مال له إلا الفلوس، وهي أدنى أنواع المال والمفلس في عرف الفقهاء: من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلساً، وإن كان ذا مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم، دل على ذلك تفسير النبي ﷺ لمفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال، لكنها كانت دون ما عليه، فقسمت بين الغرماء، وبقي لا شيء له، ويجوز أن يكون سمي بذلك، لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه.

ويجوز أن يكون سمي بذلك، لأنه يمنع من التصرف في ماله، إلا الشيء التافه، الذي لا يعيش إلا به، كالفلوس، ونحوها: المغني لابن قدامة حـ ٤: ٣٠٦.

(١) لأنا لو جوزنا مطالبته، سقطت فائدة التأجيل / المهذب للشيرازي جـ: ٣٢٦.

(٢) لأنه لا يأمن أن يموت فيضع دينه، والصحيح هو الأول، لأنه لا حق له عليه قبل=

وحكى عن مالك أنه قال: يملك مطالبته بكفيل[1] بكل حال.

(وإن)[2]، كان الدين عليه حالاً، وكان معسراً، لم يجز مطالبته به[3] (ولا ملازمته)[4] عليه.

وقال أبو حنيفة: لغرامائه ملازمته، غير أنهم لا يملكون منعه من الاكتساب، فإذا رجع إلى بيته، فإن أذن لهم في الدخول، دخلوا، وإن لم يأذن لهم في الدخول، منعوه منه.

فإن كان يحسن صنعة، فطلب (الغريم)[5] أن يؤجر نفسه (ليكسب)[6] ما يقضي به الدين، لم يجبر عليه[7]، وبه قال مالك،

= محل الدين، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب. المهذب للشيرازي ١: ٣٢٦-٣٢٧.

(١) لأنه أيحل عليه الدين، فلم يملك المطالبة بالكفيل، كما لو لم يرد السفر.

(٢) (وان): في آ، ب وفي حـ فإن انظر المهذب ١:٣٢٧.

(٣) لقوله تعالى: وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة.

(٤) (ولا ملازمته): في ب، حـ وفي آ وملازمته، لأن كل دين لا يملك المطالبة به، لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل / المهذب للشيرازي ١:٣٢٧.

(٥) (الغريم): في ب، حـ وفي آ الغرائم انظر المهذب ١:٣٢٧.

(٦) (ليكسب): في ب، وفي حـ ليكتسب وفي آ لكسب والصحيح الأول المهذب ١:٣٢٧.

(٧) لأنه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة.
والدليل: حديث الرجل الذي ابتاع التمر، فأمر النبي ﷺ غرماءه، أن يأخذوا ما معه وقال: خذوا ما وجدتم ما لكم غيره، ولم يأمره بالاكتساب لهم، =

وأبو حنيفة[1].

وقال أحمد، وإسحاق: يجبر عليه ، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وعبد الله بن الحسين العنبري وسوار القاضي[2].

(فإن)[3] كان له مال ظاهر، وامتنع من بيعه، باعه الحاكم عليه[4]، وإن شاء لزمه بيعه، وبه قال مالك، وأبو يوسف، ومحمد[5].

= ولأن هذا إجبار على الاكتساب فلم يجب ذلك، كما لا يجر على قبول الوصية / المجموع ١٣ /: ٢٧٢.

(١) فإن لم يف بكل الديون، لم يلزم المفلس بتكسب لوفاء ما بقي عليه من الدين ولو كان قادراً على ذلك لأن الدين إنما تعلق بذمته فلا يطالب به إلا عند القدرة: حاشية الصاوي ٢: ١٢١ - ١٢٢.

(٢) (القاضي: في ب، جـ وساقطة من أ.

(٣) (فان): في أ، حـ وفي ب وان.

(٤) لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ألا إن الأسيقع أسيقع جهينة رضي من دينه أن يقال: سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح وقدرين به، أي بما لا يستطيع الخروج منه: فمن له دين فليحضر فإنا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه.

(٥) وقال أبو يوسف ومحمد: يبيع عليه ماله، فيقضي دينه بثمنه. لحديث معاذ فإنه رضي الله عنه، ركبته الديون، فباع رسول الله ﷺ ماله، وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص. وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطبته: أيها الناس إياكم والدين، فإن أوله هم وآخره حرب، وإن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج، فأدان معرضاً فأصبح وقد رين به ألا أني بائع عليه ماله، فقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، فمن كان له عليه دين فليفد، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فكان هذا اتفاقاً منهم على أنه يباع على المديون ماله، والمعنى فيه أن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه / المبسوط ٢٤: ١٦٤.

وقال أبو حنيفة : لا يبيع عليه ماله، ولكنه يحبسه ليبيع .

فإن ادعى الأعسار[2]، لم تقبل دعواه إلا بشهادة رجلين من أهل الخبرة الباطنة، والمعرفة المتقادمة بحاله[3].

فإن[4] سأل (غرماؤه)[5] أحلافه على (اعساره)[6] .

ذكر في الحاوي : أنه يحلف[7] .

وقال أبو حنيفة : لا يحلف.

---

(١) جاء في المبسوط ٢٤: ١٦٤-١٦٦: (لا يباع على المديون ماله في قول أبي حنيفة رحمه الله، العروض والعقار في ذلك سواء، لا كمبادلة أحد، النقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك استحساناً لقضاء دينه.

(٢) فإن ادعى الاعسار نظرت: فإن لم يعرف له قبل ذلك مال، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال، فإن عرف له مال، لم يقبل قوله، لأنه معسر إلا ببينة، لأن الأصل بقاء المال، فإن قال غريمي يعلم أني معسر، أو أن مالي هلك فحلفوه حلف لأن ما يدعيه محتمل / المهذب: ١:٣٢٧.

(٣) لأن الهلاك يدركه كل أحد، والاعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه / المهذب ١:٣٢٧.

(٤) فإن: في أ، ب وفي حـ وان.

(٥) (غرماؤه): في أ، ب وفي حـ غرماه.

(٦) (اعساره): في ب،حـ، وفي أ الاعسار.

(٧) لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب، كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه، وقال أبو إسحاق: لا يحلف، لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف كما لو ادعى ملكاً وأقام عليه البينة / المهذب ١:٣٢٧.

وحكي عن أصحاب مالك: (أنهم)[1] قالوا: لا تسمع البينة على الأعسار، وتسمع البينة على الافلاس في الحال، (ويخلى)[2] سبيله.

وقال أبو حنيفة: لا يسمع في الحال، ويحبس المفلس شهرين في رواية الأصل[3].

قال الطحاوي: يحبس شهراً، وروي عنه ثلاثة أشهر، وروى أربعة حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره.

فإن لم تقم البينة على اعساره، وجب حبسه إذا سأل الغرماء ذلك[4].

وحكي في الحاوي: عن عمر بن عبد العزيز، والليث بن سعد: أنه لا يجوز أن يحبس أحد على دين.

ونفقته في مدة حبسه في ماله.

وذهب قوم: إلى أنها على غرمائه، وحكى عن بعض أصحابنا.

---

(١) (أنهم): في ب، حـ وفي آ أنه.

(٢) (ويخلي): في ب، حـ وفي آ وعلى هذا تصحيف من النساخ.

(٣) الوارد في كتب الحنفية أنه يحبس أبداً: / انظر المبسوط ٢٤:١٦٥، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢:٤٤٢ والهداية وتكملة فتح القدير ٧: ٣٢٤-٣٢٨.

(٤) والدليل على ذلك: قول النبي ﷺ: (ليُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته) رواه الشيخان وأبو داود والنسائي والبيهقي والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ.

قال وكيع: عرضه شكايته، وعقوبته حبسه: / انظر السنن الكبرى للبيهقي ٦:٥١.

فإن كان له صنعة (يعمل في الحبس)[1]، لم يمنع منها في أصح الوجهين .

فإن حبس في حق رجل، فجاء آخر (يدعي عليه)[2] حقاً، جاز للحاكم أن يحضره ويسمع الدعوى عليه.

وقال مالك: لا يجوز إخراجه من الحبس لذلك.

(وإذا)[3] حبسه، لم يغفله (وسأل)[4] عن حاله.

وقال مالك: يجب أن يغفله، ولا يتولى الكشف عن حاله .

فإن وجد في يده مال، فأقر به لغيره، وصدقه المقر له، سلم إليه.

فإن قال الغريم أحلفوه أنه صادق في إقراره ففيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يحلف .

فإن ركبته الديون، ورفعه غرماؤه إلى الحاكم، وكان ماله لا يفي بديونه، وسألوه الحجر عليه (حجر عليه)[5]، فيتعلق حقوقهم بماله،

---

(١) (يعمل في الحبس): في ب، حـ وفي آ لم يعلم في الحبس.

(٢) (يدعى عليه): في ب، حـ وفي آ يدعي، وعليه ساقطة.

(٣) (وإذا): في ب، حـ وفي آ فإذا.

(٤) (وسأل): في ب، حـ وفي آ ويسأل.

(٥) (حجر عليه: ساقطة من نسخة حـ وباع ما له عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين، فكلم النبي ﷺ غرماؤه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء) قال بعض العلماء إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله ﷺ لأنهم كانوا يهوداً: / انظر المهذب ١: ٣٢٧ـ٣٥٨=

ويمنع من التصرف فيه، وبه قال أحمد، وإسحاق[1].

قال أبو حنيفة: ليس للحاكم أن يحجر عليه[2]، فإن حجر عليه (بإجتهاده)[3] ثبت الحجر.

وإن كان ماله يفي بديونه، إلا أنه قد ظهرت عليه إمارات الفلس، بأن زاد خرجه على دخله، ففي جواز الحجر عليه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز[4].

= والمغني لابن قدامة ٤:٣٠٧، وروى كعب بن مالك أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ وباع عليه ماله / المهذب ١:٣٢٨ انظر السنن الكبرى للبيهقي ٦:٤٨.

(١) انظر المغني لابن قدامة ٤:٣٠٦.

(٢) جاء في الهداية تكملة فتح القدير ٧: ٣٢٤-٣٢٨: (قال أبو حنيفة: لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه يحبسه والحجر عليه لم أحجر عليه، لأن في الحجر إهدار آدميته، فلا يجوز لدفع ضرر خاص، فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه، إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه. وقالا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه، حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر الغرماء، لأن الحجر على السفيه إنما جوز نظراً له، وفي هذا الحجر نظر للغرماء، لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم).

وجاء في البحر الرائق ٨:٨٣: (لا يحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه، وهذا عند الإمام لأن في الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز، وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى.

(٣) (باجتهاده في آ، حـ وفي ب باجتهاد).

(٤) لأنه مليء بالدين فلا يحجر عليه كما لو لم يظهر فيه أمارة الفلس / المهذب ١:٣٢٨.

والثاني : أنه يجوز[1] .

ـ فإن قلنا: يجوز الحجر عليه، فحجر عليه، فوجد بعض غرمائه عين ماله بحاله فهل له الرجوع فيه؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك[2].

---

(١) لأنه إذا لم يحجر عليه، أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء. المهذب ١ :٣٢٨.

(٢) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء / متفق عليه.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده، بعينه» السنن الكبرى للبيهقي ٦ :٤٦.

قال الغزالي رحمه الله: ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان: العوض، والمعوض، والمعاوضة.

أما العوض، وهو الثمن فله شرطان:

الأول: أن يتعذر استيفاؤه بالإفلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع وإن قدمه الغرماء فله الرجوع، لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر.

والثاني: الحلول، ولا رجوع إلا إذا كان الثمن حالاً، ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح.

وأما المعاوضة فلها شرطان:

الأول: أن يكون معاوضة محضة، فلا يثبت الفسخ في النكاح، والخلع، والصلح بتعذر استيفاء العوض، ويثبت في الإجازة، والسلم.

الشرط الثاني: أن تكون سابقة على الحجر، احترزنا به عما يجري سبب لزومه بعد الحجر كما إذا باع من المفلس المحجور.

أما المعوض فله شرطان:

الأول: أن يكون باقياً في ملكه، فلو هلك فليس له إلا المضاربة بالثمن، وكذا لو زادت القيمة على الثمن، والخروج عن ملكه كالهلاك، وتعلق حق الرهن والكتابة كزوال، ولو عاد إلى ملكه بعد الزوال رجع إليه في أظهر القولين. =

والثاني : ليس له.

فإن كان في يد المفلس أعيان (أموال)[1]، لم يؤد (أثمانها)[2]، وقد زادت أسعارها (مرات)[3] (فإن استرجعها)[4] أربابها، وعجز ماله عن دينه ففيه وجهان :

أحدهما : أنهم يرجعون فيها .

والثاني : أنهم لا يرجعون .

فإن تصرف المفلس في ماله بعد الحجر عليه ببيع، أو هبة، أو عتق، ففيه قولان:

أصحهما: أنه لا يصح، وبه قال مالك[5] .

والثاني : أنه يصح[6]، (وتكون)[7] تصرفاته موقوفة .

= الثاني: ألا يكون متغيراً، فإن تغير بطريان عيب، فليس له إلا أن يقنع أو يضارب بالثمن أما التغير بالزيادة، فالمتصلة من كل وجه لا حكم لها، بل تسلم للبائع مجاناً، والمنفصلة من كل وجه كالولد لا يرجع فيه، ولكن إن كان صغيراً فعليه أن يبذل قيمة الولد حذراً من التفريق / الوجيز للغزالي ١: ١٧٢ - ١٧٤.

(١) (أموال): في ب، جـ وفي أ أحوال وهذا تصحيف من النساخ.

(٢) (أثمانها): في ب، جـ وفي أ أعيانها وهذا تصحيف من النساخ.

(٣) (مرات): في ب وساقط من أ، جـ.

(٤) (فإن استرجعها): في جـ وفي أ استرجعها وفي ب استرجعها.

(٥) لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع من التصرف في المال كالحجر على السفيه، ويخالف حجر المريض، لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بمال إلا بعد الموت، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون.

(٦) لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال كالحجر على المريض.

(٧) (وتكون): في ب، جـ وفي آ ويكون.

فإن قضيت (الديون)[1] من غير نقض (للتصرف)[2]، نفذ التصرف، وإن لم يكن قضاؤها (إلا بنقض)[3] التصرف فسخ منها الأضعف فالأضعف، يبدأ بالهبة[4]، ثم البيع[5]، ثم العتق[6].

قال الشيخ الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله: يحتمل عندي أن يقال: يفسخ الآخر فالآخر[7].

قال الشافعي رحمه الله: ولو (باع)[8] بشرط الخيار، ثم فلس، فله (إجازة)[9] البيع ورده.

فمن أصحابنا: من حمله على ظاهره وقال: له أن يفعل ما يشاء، وهو أسدُّ الطرق عند أصحابنا[10].

وقال أبو إسحاق : إن كان الحظ في الرد لم (يملك)[11] الإجازة، وإن كان في الإجازة، لم يملك الرد[12].

---

(١) (الديون): في أ، ب وفي حـ بالديون.

(٢) (للتصرف): في أ، ب وفي حـ التصرف.

(٣) (بنقض): في ب، حـ وفي آ بنقص وهذا تصحيف.

(٤) لأنه لا عوض فيه.

(٥) لأنه يلحقه الفسخ.

(٦) لأنه أقوى التصرفات.

(٧) كما في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث. / المهذب ١ :٣٢٨.

(٨) (باع): في ب، حـ وفي أ بلغ.

(٩) (إجازة): في حـ وفي أ، ب إجارة.

(١٠) لأن الحجر إنما يؤثر في عقد مستأنف، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه.

(١١) (يملك): في ب، حـ وساقطة من أ.

(١٢) لأن الحجر يقتضي طلب الحظ، فإذا طرأ في بيع الخيار أوجب طلب الحظ، كما =

ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إن المبيع انتقل بنفس العقد، لم يجب الرد وإن كان الحظ في الرد[1]. وإن قلنا: إن المبيع لم ينتقل، لزمه الرد (إن كان)[2] الحظ في الرد[3].

(وإن)[4] أقر بدين لزمه قبل الحجر، فهل (يلزم)[5] في حق الغرماء؟ فيه قولان:

أصحهما: أنه (يلزمه)[6].

والثاني: أنه لا يشارك الغرماء، وبه قال مالك[7].

فإن مات المفلس، فهل يدفع من ماله الحنوط؟ فيه وجهان:

(وإن)[8] ادعى رجل عليه مالاً فأنكره ونكل عن اليمين، فحلف المدعي:

= لو باع بشرط الخيار ثم جن، فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ من الرد والإجازة / المهذب ١:٣٢٨.

(١) لأن الملك قد انتقل، فلا يكلف رده، وحمل قول الشافعي رحمه الله على هذا القول.

(٢) (إن كان) في آ وفي ب، حـ وإن كان والأول هو الصحيح انظر المهذب ١:٣٢٨.

(٣) لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ.

(٤) (وإن): في آ، ب وفي حـ فإن.

(٥) (يلزم): في آ، ب وفي حـ يلزمه.

(٦) (يلزمه) في آ، حـ وفي ب يلزم، وهو الصحيح، لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة.

(٧) لأنه متهم، لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه / المهذب ١:٣٢٨.

(٨) (وإن): في آ، ب وفي حـ فإن.

ـ فإن قلنا: أن اليمين المردودة بعد النكول بمنزلة البينة، شارك المدعي الغرماء.

ـ وإن قلنا: إنها كالإقرار، كان على القولين.

وأن أقر بعين مال في يده لغيره، فهل يسلم إلى المقر له على القولين في الدين.

فإن ادعى المفلس مالاً، وله به شاهد واحد[1] ولم يحلف معه، (فهل)[2] يحلف الغرماء؟

قال في التفليس: لا يحلفون.

وقال في غرماء الميت: إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد، ففيه قولان[3].

فمن أصحابنا من قال: غرماء المفلس مثلهم.

ومن أصحابنا من قال: (لا)[4] يحلف غرماء المفلس، وفي غرماء الميت قولان[5]:

---

(١) فإن حلف استحق وتعلق به حق الغرماء.

(٢) (فهل) في آ، حـ وفي ب هل.

(٣) أحدهما: يحلفون.
والثاني: لا يحلفون، فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس، فجعل فيهما قولين:
أحدهما: يحلفون، لأن المال إذا ثبت استحقوه.
والثاني: لا يحلفون، لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز / المهذب ١: ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

(٤) (لا): ساقطة من ب وموجود في آ، حـ وهو الصحيح.

(٥) لأن الميت لم يمتنع من اليمين فحلف غرماؤه، والمفلس امتنع من اليمين فلم =

فإن جنى على المفلس جناية توجب المال، فأبرأ الجاني عنه، لم يصح إبراؤه في أصح القولين.

(فإن)[1] كان على المفلس ديون مؤجلة فهل تحل بالحجر عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: أنها تحل عليه، وهو قول مالك[2].

والثاني: أنها (لا تحل)[3]، وهو اختيار المزني، وقول أبي حنيفة[4].

فإن بيع للمفلس متاع وقبض ثمنه، وتلف، واستحق المبيع، رجع المشتري بالعهدة في مال المفلس، وهل يقدم على سائر الغرماء؟ فيه قولان على أحد الطريقين:

أحدهما: يقدم[5].

والثاني: أنه يكون (أسوة بهم)[6].

= تحلف غرماؤه ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت فحلفوا، وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا / المهذب ١: ٣٢٩.

(١) (فإن): في آ، ب وفي حـ وإن.

(٢) لأن ما يتعلق بالمال بالحجر، أسقط الحجر الآجل كالموت، يحل الدين الآجل.

(٣) (لا تحل): في ب، حـ وفي آ لا تحل عليه.

(٤) لأنه دين مؤجل على حي، فلم يحل قبل حلول أجله، كما لو لم يحجر عليه ويفارق الميت لأن ذمته انعدمت بموته، وهذا له ذمة صحيحة المجموع ٢٨٩/١٣.

(٥) وهي رواية المزني.

(٦) (أسوة بهم): في ب وفي آ، حـ أسوة لهم وهي رواية الربيع، ومن أصحابنا من قال فيه قولان: =

والطريق الثاني : أنه إن لم يفك بالحجر عنه قدم، وإن كان قد فك الحجر عنه كان كسائر الغرماء .

وما تلف من الثمن، كان من مال المفلس.

وقال أبو حنيفة : يتلف من الغرماء .

وقال مالك: إن كان من جنس حقوقهم، تلف منهم.

وإن كان في الغرماء من قد (باع)[1] منه شيئاً قبل الافلاس، ولم يأخذ من ثمنه شيئاً، ووجد عين ماله على (صفته)[2]، لم يتعلق به حق غيره، كان أحق به[3].

وقال أبو حنيفة: لا يختص البائع به إلا أن يكون قبل القبض، فيكون أحق به، يباع ويوفى منه الثمن الذي له[4].

= أحدهما: يقدم، لأن في تقديمه مصلحة، فإنه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفاً من الاستحقاق فإذا قدم، رغبوا في شراء ماله.

والثاني: أنه أسوة الغرماء، لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له الحق، فضرب به مع الغرماء كأرش الجناية . / المهذب للشيرازي ١ :٣٢٩.

(١) (باع): في ب، حـ وفي آ بلغ.

(٢) (صفته): في آ، حـ وفي ب صفة.

(٣) فهو بالخيار، بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله وروى ذلك عن عثمان، وعلي وأبي هريرة، وبه قال عروة ومالك، والأوزاعي، والشافعي، والعنبري، وإسحاق وأبو ثور، وابن المنذر:

والدليل: أن النبي ﷺ قال: (من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس، فهو أحق به)، / المغني لابن قدامة ٤ :٣٠٧ / السنن الكبرى للبيهقي ٦ :٤٦.

(٤) وقال أبو حنيفة: هو أسوة الغرماء، لأن البائع كان له حق الإمساك بقبض الثمن فلما سلمه، أسقط حقه من الإمساك، فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس، =

وهل يفتقر الفسخ إلى الحاكم؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يفسخ إلا بالحاكم[1].
وقال أبو القاسم الداركي: لا يفتقر إلى الحاكم[2].

فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ:

فقد قال أبو سعيد الاصطخري: يُنْقَضُ حكمه[3].

قال الشيخ الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله: (يحتمل)[4] أن لا يُنْقَضُ.

وهل يكون الفسخ على الفور؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه على الفور[5].

والثاني: أنه على التراضي[6].

= كالمرتهن إذا أسلم الرهن إلى الراهن، ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق، فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم. المغني لابن قدامة / ٤:٣٠٧.

(١) لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم، كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة.

(٢) لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد / المهذب ١:٣٢٩.

(٣) لأنه حكم مخالف لنص السنة.

(٤) (يحتمل): في ب، حـ وفي آ يحمل والأول هو الصحيح.

(٥) لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولأن جواز تأخيره يفضي إلى الضرر بالغرماء، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم فأشبه خيار الأخذ بالشفعة، ونصر القاضي هذا الوجه / المغني لابن قدامة.

(٦) لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فكان على التراضي، كخيار الرجوع في الهبة.

وهل يصح الفسخ بالوطيء في الجارية المبيعة وقد أفلس بثمنها؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح[1].
والثاني: لا يصح[2].

وإن كان قد باعه بعد الإفلاس، فهل له الرجوع؟ (فيه)[3] وجهان:

أحدهما: أن له الفسخ[4].
والثاني: ليس له ذلك لعلمه بحاله[5].

وإن وجد المبيع وقد قبض من ثمنه شيئاً، ورجع بحصته ما بقي من الثمن[6]:

ذكر الشيخ أبو نصر، رحمه الله: أن الشافعي رحمه الله قال في القديم: ليس له في العين حق.

---

(١) (يصح): في آ،ب وفي حـ أنه يصح، كما يصح الفسخ بالوطء في خيار الشرط.

(٢) والثاني: أنه لا يصح، لأنه ملك مستقر، فلا يجوز رفعه بالوط.

(٣) (فيه): مكررة في آ.

(٤) لأنه باعه قبل وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ، كما لو تزوجت امرأة بفقير ثم أعسر بالنفقة.

(٥) لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته فسقط خياره، كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها / المهذب ١: ٣٣٠.

(٦) لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن.

وقال في الجديد: يرجع بقدر ما بقي.

وقال مالك: هو بالخيار، إن شاء رد ما قبضه، ورجع في جميع العين، وإن شاء حاصَّ الغرماء ولم يرجع في شيء.

فإن كان المبيع عبدين متساويين في القيمة، وباعهما بمائة وقبض من الثمن خمسين، ثم مات أحد العبدين، وأفلس بثمنه:

فالمنصوص في التفليس أنه يأخذ (الباقي)[1] بما بقي من الثمن.

ونص في الصداق: أنه إذا أصدقها عبدين، وتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول على قولين:

أحدهما : أنه يأخذ الموجود بنصف المهر كالتفليس.
والثاني : أنه يأخذ نصف الموجود، ونصف قيمة التالف.
فمن أصحابنا: من جعل في المبيع أيضاً قولين.

أحدهما[2]: أنه يأخذ نصف الموجود، ويضرب مع الغرماء، بنصف (ثمن)[3] التالف، وهو اختيار المزني[4].
والثاني : أنه يأخذ الموجود بما بقي من الثمن[5].

---

(١) (الباقي): في آ ، ب وفي حـ الثاني.

(٢) (أحدهما): مكررة في آ.

(٣) (ثمن): في آ، ب وفي حـ الثمن.

(٤) لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما، وما قبض من ثمنه لا يرجع به / المهذب ١ : ٣٣٠.

(٥) (من الثمن في ب، جـ) وفي آ بما بقي قولاً واحداً بخلاف الصداق / وهذا سهو في النقل أو هذا للقول ومن أصحابنا...

(ومن أصحابنا من قال : يأخذ الموجود بما بقي من الثمن قولاً واحداً بخلاف الصداق)[1].

فإن كان المبيع شقصاً، (تثبت)[2] فيه الشفعة، ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أن البائع أحق به[3].

والثاني : أن الشفيع أحق، ويضرب البائع مع الغرماء، بالثمن[4].

(والثالث)[5]: أنه يدفع إلى الشفيع، (ويؤخذ)[6] منه الثمن ويدفع إلى البائع[7]، ونظير ذلك: إذا أصدقها شقصاً من عقار، وطلقها

---

(١) (ومن أصحابنا من... الصداق): في حـ وساقطة من أ، ب.

والفرق بينهما: أن البائع إذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه لأن غريمه مفلس، والزوج إذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة التالف، وصل إلى جميع حقه، لأن الزوجة موسرة، فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر / المهذب ١ : ٣٣٠.

(٢) (تثبت): في أ وفي ب ثبتت، وفي حـ يثبت والأول هو الصحيح.

(٣) لأنه إذا رجع في الشقص، زال الضرر عنه وعن الشفيع، لأنه عاد كما كان قبل البيع، ولم يتجدد شركة غيره.

قال الشيخ أبو حامد: وهذا مدخول ، لأن من باع شقصاً وثبتت فيه الشفعة ثم استقاله البائع فأقاله قبل أن يأخذ الشفيع، فإن البائع عاد للشفيع شريكاً كما كان ومع ذلك له الأخذ بالشفعة / المجموع ١٣ :٣٠٦.

(٤) لأن حق الشفيع أسبق، لأن حقه يثبت بالبيع، وحق البائع يثبت بالحجر فقدم السابق: المجموع ١٣ : ٣٠٦.

(٥) (والثالث): في ب وفي أ، حـ والثاني وهذا خطأ.

(٦) (ويؤخذ): في آ، ب وفي حـ ويأخذ.

(٧) لأن في ذلك جمعاً بين الحقين، وإزالة الضرر عنهما، وإذا أمكن الجمع بين الحقين، لم يجز إسقاط أحدهما: المجموع ١٣ :٣٠٦، والمهذب ١ :٣٣.

قبل الدخول، وقبل أخذ الشفيع له بالشفعه، (ففيه)(١) وجهان :

أظهرهما : أن الشفيع أحق.

(وإن)(٢) وجد عين ماله، والثمن مؤجل(٣).

فالمنصوص: أنه يباع المبيع في جملة أموال المفلس في حق الغرماء في الديون الحالة(٤).

ومن أصحابنا من قال: يوقف إلى أن يحل دينه، فيرجع في عين ماله(٥).

وإن (وجد البائع)(٦) المبيع وقد باعه، ثم عاد إليه، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يرجع فيه(٧).
والثاني : أنه لا يرجع (٨).

---

(١)(ففيه): في آ، حـ وفي ب فيه.

(٢)(وإن): في ب وفي آ، حـ فإن والصحيح الأول انظر المهذب ١ :٣٣.

(٣) وقلنا: إن الدين المؤجل لا يحل، وديون الغرماء حالة.

(٤) لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل.

(٥) فيختار البائع الفسخ أو الترك وإلى ذلك أشار الشافعي في الاملاء، لأن بالحجر تتعلق الديون بما له، فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل فلا يباع في الديون الحالة.

(٦) (وجد البائع): في ب، حـ وساقطة من أ.

(٧) لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره، فأشبه إذا لم يبعه.

(٨) لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه.

فإن وجد عين ماله وقد تعلق به حق رهن، أو جناية ثم فك من ذلك قبل أن يضرب مع الغرماء بالثمن، فهل لـه الرجـوع فيه؟ فيـه وجهان :

فإن باعه المشتري الأول من (ثان)[1]، وباعه الثاني من ثالث ولم يقبض واحد منهم من ثمنه شيئاً، ورضي البائع من الثالث بترك حقه، وحاص الغرماء، فما حكم البائع الأول، والثاني؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها : أنه ليس لواحد منهما أن يرجع في المبيع.

والثاني : أن الثاني أحق من الأول .

والثالث : أنهما يرجعان في العين نصفين.

فإن بذل الغرماء له الثمن ليترك الرجوع في عين ماله، لم يلزمه قبول ذلك[2].

---

(١) (ثان) في ب وفي آ، حـ ثاني.

(٢) وجاز له الرجوع إلى عين ماله، والدليل الحديث قوله ﷺ: (من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء / سبق تخريجه، وهذا الحديث لم يفرق بين ما إذا عرض الثمن أو لم يعرض، ولأنه تبرع بالحق غير من عليه الحق، فلم يلزم من ثبت له الفسخ، إسقاط حقه من الفسخ، كالزوج إذا أعسر بالنفقة، فجاء أجنبي فبذل لها النفقة ليترك الفسخ، فإنـه لا يلزمها ذلك / المجموع ١٣ : ٣٠١.

وقال ابن قدامة: أو عجز المكاتب، فبذل غيره ما عليه لسيده، وبهذا ينتقض ما ذكروه، وسواء بذلوه من أموالهم، أو خصوه بثمنه من التركة، وفي هذا القسم ضرر آخر، لأنه لا يأمن تجدد ثبوت دين آخر، فيرجع عليه، وإن دفعوا إلى المفلس الثمن، فبذله للبائع، لم يكن له الفسخ، لأنه زال العجز عن تسليم الثمن، فزال ملك الفسخ، كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه، فملك أداء الثمن، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه، فتمكن من الأداء، أو وهب له مال، =

وقال مالك: يلزمه قبول ذلك(١).

وإن نقص المبيع في يد المشتري، فالبائع بالخيار، إن شاء رجع فيه بجميع الثمن، وإن شاء ترك الرجوع(٢).

ومن أصحابنا من قال: إن كان النقص بفعل المشتري، كان مبيناً على أن جناية البائع، تجعل بمنزلة (جناية)(٣) الأجنبي في الضمان، أم لا، وليس بشيء.

وإن باعه نخلاً عليها طلع لم يؤبر، فتلف في يد المشتري، ثم

= فأمكنه الأداء منه، أو غلّت أعيان ماله، فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء، بحيث يمكنه أداء الثمن كله، لم يكن للبائع الفسخ، لزوال سببه، ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري، فلم يكن له الفسخ، كما لو لم يفلس / المغني لابن قدامة ٤:٣٠٨.

(١) لأن الرجوع إنما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن، فإذا بذل له بكماله، لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب: / المغني لابن قدامة ٤:٣٠٨.

(٢) قال الشيرازي: وإن وجد المبيع ناقصاً نظرت: فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبدين تلف أحدهما، أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصة من الثمن، ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف، لأن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن.

ثم قال: ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع، والآخر هالكاً، كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف، فكذلك البائع / المهذب للشيرازي ١: ٣٣٠ - ٣٣١.

(٣) (جناية): في ب وساقطة من أ،جـ.

أفلس بالثمن، فإنه يرجع في النخل، وهل يضرب بحصة الطلع من الثمن مع الغرماء؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجع بالنخل بجميع الثمن[1].

والثاني: أنه يرجع (به)[2] بحصته من الثمن، ويضرب بحصة الطلع مع الغرماء[3].

فإن كان المبيع حباً، فصار عند المشتري زرعاً، أو بيضاً فصار فرخاً، فالمنصوص: أنه يرجع فيه[4].

والثاني: لا يرجع[5].

---

(١) لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن.

(٢) (به): في آ، حـ وفي ب فيه.

(٣) لأن الثمرة يجوز أفرادها بالبيع، فصارت مع النخل بمنزلة العينين / المهذب ١: ٣٣١.

(٤) لأن الفرخ والزرع عين المبيع، وإنما حوله الله تعالى من حالة إلى حالة فهو كالودي إذا صار نخلاً، والجدي إذا صار شاة / الأم للشافعي حـ ٣: ٢٠٠.

(٥) لأن الفرخ غير البيض، والزرع غير الحب.

وقال ابن قدامة: ولنا: أنه لم يجد عين ماله، فلم يرجع، كما لو أتلفه فتلف، فأخذ قيمته ولأن الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع، وكذلك أعيان الزرع، والفرخ ولو استأجر أرضاً، واشترى بذراً وماء، فزرع، وسقى، واستحصد، وأفلس فالمؤجر وبائع البذر والماء، غرماء لا حق لهم في الرجوع، لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم وعلى قول من قال: له الرجوع في الزرع، يكون عليه غرامة الأجرة وثمن الماء، أو قيمة ذلك / المغني لابن قدامة: ٤: ٣١٢-٣١٣.

وإن كان قد باعه نخلاً، فاطلعت في يده، وأفلس وهو غير مؤبر(١)، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يرجع في النخل دون (الثمرة) (٢).

---

(١) فهل للبائع أن يرجع في الثمرة مع النخل؟

(٢) (الثمرة: في آ، حـ وفي ب الثمر/ لأنه لأصح إفرادها في البيع فلم تتبع النخلة في الفسخ كالطلع المؤبر، ويفارق البيع أنه زال ملكه عن النخلة، باختياره، وههنا زال بغير اختياره.

قال أصحابنا: كل موضع زال ملك المالك عن أصل النخلة وعليها طلع غير مؤبر باختيار المالك، وكان زوال ملكه عنها بعوض، فإن الثمرة تتبع الأصل، وذلك كالبيع والصلح والأجرة في الإجارة والصداق وما أشبه ذلك. وكل موضع زال ملكه عن أصل النخلة بغير اختياره، فهل تتبع الثمرة الأصل؟ فيه قولان وذلك مثل مسألتنا هذه في المفلس، ومثل أن يشتري نخلة لا ثمر عليها بثمن معين، فتطلع النخلة في يد المشتري ثم يجد البائع بالثمن عيباً فرده قبل التأبير فهل يرجع في الثمرة مع النخلة؟ على قولين.

وكذلك إذا اشترى شقصاً في أرض فيها نخل، فأطلعت النخل في يد المشتري، ثم علم الشفيع قبل التأبير فشفع، فهل يأخذ الثمرة مع النخل على هذين القولين؟ وكذلك كل موضع زال ملكه عن الأصل إلى غيره باختياره بغير عوض، فهل يتبع المطلع الذي ليس بمؤبر الأصل؟ فيه قولان أيضاً.

وذلك مثل أن يهب الرجل لغيره نخلة عليها طلع غير مؤبر، وكذلك إذا زال ملكه عن الأصل بغير عوض بغير اختياره أيضاً مثل أن يهب الأب لابنه نخلة فأطلعت في يد الابن، ورجع الأب فيها قبل التأبير، فهل يتبع الثمرة الأصل؟ فيه قولان: إذا ثبت ما ذكرناه، فإذا أباعه نخلة لا ثمرة عليها فأطلعت في يد المشتري وأفلس قبل أن تؤبر الثمرة فرجع البائع في عين ماله.

ـ فإن قلنا أن الثمرة لا تتبع النخلة في الفسخ، كانت الثمرة للمفلس، فإن اتفق المفلس والغرماء على تبقيتها إلى أوان جدادها كان لهم ذلك، وليس لبائع =

والثاني : أنه يرجع في النخل مع الثمرة، وهو اختيار المزني[1].

فعلى هذا إن (أبرت)[2] الثمرة واختلفا، فقال البائع : رجعت قبل التابير (فالثمرة)[3] لي. وقال المفلس: بل رجعت بعد التابير، فلا حق لك في الثمرة فالقول قول المفلس[4]. فإن لم يحلف المفلس، فهل يحلف الغرماء ؟ فيه قولان[5].

فإن كذبه الغرماء، فحلف، استحق الثمرة، فإن أراد تفرقتها على الغرماء ففيه وجهان:

أحدهما : أنه لا يلزمهم قبولها[6] .

= النخلة أن يطالبهم بقطعها قبل ذلك، وإن اتفقوا على قطعها جاز، وإن دعا بعضهم إلى قطعها، وبعضهم إلى تبقيتها ففيه وجهان:

قال عامة أصحابنا: يجاب من دعا إلى قطعها، وقال المصنف: يفعل ما فيه ألاحظ وإن قلنا: أن المثرة تكون للبائع للنخل فلم يرجع البائع حتى أبرت النخل، كانت الثمرة للمفلس والغرماء قولاً واحداً، لأنها قد صارت نماء متميزاً، فالحكم في قطعها وتبقيتها على ما مضى. المجموع ١٣: ٣١٦ ـ ٣١٧.

(١) لأنه لو باعه نخلة عليها طلع غير مؤبرة تبعت الثمرة النخلة في المبيع، فتبعتها أيضاً. في الفسخ، كالثمن في الجارية . / المجموع ١٣: ٣١٦.

(٢) (أبرت): في ب، حـ وفي أ برث وهذا تصحيف من النساخ.

(٣) (فالثمرة): في ب، حـ وفي أ والثمرة، والأول هو الصحيح وهذا تصحيف من النساخ.

(٤) لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه.

(٥) وقد مضى دليلهما آنفاً.

(٦) لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق، ويفارق سيد المكاتب، لأنه يريد الإضرار بالعبد ورده إلى الرق، فلم يقبل منه ولا ضرر على المفلس في ذلك / المجموع ١١: ٣١٨.

والثاني : أنه يلزمهم قبولها، أو الإبراء، نص عليه في المكاتب[1] غير أنهم إذا أخذوها ردوها على البائع .

وإن صدقه بعضهم، وكذبه البعض، فقد قال الشافعي رحمه الله فرق ذلك فيمن صدقه، دون من كذبه.

فمن أصحابنا من قال: لا يجوزأن يفرقه إلا على من صدقه[2].

وقال أبو إسحاق: إذا اختار المفلس أن يفرقه على الجميع، كان له[3].

---

(1) إذا حمل إلى المولى نجماً فقال المولى: هو حرام، أنه يلزمه أن يأخذه، أو يبرئه / المهذب ١ : ٣٣١.

(2) ولا يجبر من كذبه على قبض شيء من الثمرة ولا الابراء عن شيء من دينه، وجهاً واحداً بخلاف الأولى، لأنه مع تكذيب جماعتهم له، به حاجة إلى قضاء دينه، فأجبروا على أخذه.

وفي مسألتنا يمكنه دفعه إلى المصدقين له دون المكذبين له، فإذا قلنا بالأول: لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصهم من الثمرة إليه، ولا يلزم المكذبين له، والذي يقتضي المذهب، أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له أنه ما يعلم أنه رجع قبل التأبير، لزم المكذب أن يحلف لأنه لو خاف من اليمين فأقر، لزمه إقراره.

هذا إذا كان المفلس مكذباً للبائع، فأما إذا كان المفلس مصدقاً للبائع أنه رجع قبل التأبير، وقال الغرماء: بل رجع بعد التأبير فهل يقبل إقرار المفلس؟ فيه قولان كالقولين فيه إذا قال: (هذه العين غصبتها من فلان، أو ابتعتها منه بثمن في ذمتي، فهل يقبل في العين؟ قولان.

ــ فإذا قلنا: يقبل كانت الثمرة للبائع ولا كلام.

ــ وإذا قلنا: لا يقبل، فقد قال الشافعي رضي الله عنه: يحلف الغرماء للبائع، أنه ما رجع قبل الإبار. / المجموع ١٣ : ٣١٩.

(3) أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين. وما ذكره الشافعي رضي الله عنه فمعناه إذا رضي أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه / المجموع ١٣ : ٣١٩.

(وإن)[١] باع المفلس الثمرة بعد ما حلف، وفرق الثمن على الغرماء، فهل يلزمهم رد الثمن على البائع؟.

ذكر في الحاوي : فيه وجهين :

أحدهما : يلزمهم رده، كما يلزمهم رد (الثمرة)[٢].

والثاني : لا يلزمهم.

فإن قال البائع : رجعت قبل التأبير، وصدقه المفلس، (وكذبه)[٣] الغرماء، فهل يقبل قوله؟ فيه قولان :

أحدهما : أن القول قول المفلس[٤] .

والثاني : أنه لا يقبل قوله[٥]، فعلى هذا هل يحلف الغرماء؟[٦].

ومن أصحابنا من قال : هو على القولين .

ومنهم من قال : يحلفون قولاً واحداً[٧].

وإن كان المبيع جارية، فحبلت في ملك المشتري وأفلس بعد الوضع، رجع في الجارية، دون الولد[٨]، ولا يجوز التفريق بينهما، فأما

---

(١) (وان): في آ، حـ وفي ب فإن.

(٢) (الثمرة): في ب، حـ وفي آ الثمر.

(٣) (وكذبه): في أ، ب وفي حـ فكذبه.

(٤) لأنه غير متهم.

(٥) لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره.

(٦) فيه طريقان.

(٧) لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء، وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس، فلما نكل نقلت إليهم.

(٨) كالرد في العيب.

أن يزن (البائع)[1] قيمة الولد، (ويأخذه)[2] مع الأم أو يباعان جميعاً، فيأخذ البائع (ثمن) [3] الأم، والمفلس ثمن الولد.

ومن أصحابنا من قال: أما أن يزن البائع قيمة الولد، ويأخذهما، أو يسقط حقه من الرجوع [4].

ومن أصحابنا من قال: يجوز التفريق بينهما لموضع الضرورة كما قلنا في الرهن، والأول أصح.

وإن أفلس المشتري قبل الوضع وقلنا: لا حكم للحمل، رجع فيهما[5] وإن قلنا: للحمل حكم، رجع في الأم، دون الحمل، كالمنفصل.

وإن كان قد باعها وهي حامل، ثم أفلس المشتري قبل الوضع، رجع (فيهما)[6] وإن أفلس بعد الوضع، وقلنا: للحمل حكم، رجع فيهما[7] وإن قلنا: لا حكم له، في الأم دون الولد[8].

---

(١) (البائع) : في ب ، حـ وفي آ ساقطه .

(٢) (ويأخذه) : في ب ، حـ وفي آ ويأخذها .

(٣) (ثمن) : في آ ، حـ وفي ب من .

(٤) والمذهب : الأول ، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، فثبت له الرجوع .

(٥) لأنه كالسمن .

(٦) (فيهما) : في ب وفي أ ، حـ فيها والأول هو الصحيح .

(٧) لأنهما كعينين باعهما .

(٨) لأنه نماء تميز من ملك المشترى ، فلم يرجع فيه البائع ، ولا يفرق بين الأم والولد على ما ذكرنا ، /المهذب للشيرازي ١ : ٣٣٢ .

وإن كان المبيع طعاماً، فطحنه المشتري، أو ثوباً فقصره، ثم أفلس بالثمن وزادت قيمته، فصار يساوي خمسة عشر، وكانت قيمته عشرة، ففيه قولان:

أحدهما: أن البائع يرجع فيه، ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر الصنعة، وهو اختيار المزني [1].

والثاني: وهو الأصح: أن المشتري يكون شريكاً له بقدر العمل [2].

(وإن) [3] كان المبيع أرضاً، فغرسها المشتري، أو بناها وأفلس بالثمن، وامتنع (الغرماء) [4].

---

(١) لأنه لم يضف إلى المبيع عيناً، وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة، وفي القصارة أظهر بياضاً كان كامناً في الثوب، فلم يصر شريكاً للبائع في العين، كما لو كان المبيع جوزاً فكسره، ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها حق المفلس كما لو كان المبيع غلاماً فعلمه، أو حيواناً فسمنه/المهذب للشيرازي ١ : ٣٣٢.

(٢) ويكون حكم العمل حكم العين، لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكاً كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه، ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة، كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن، فدل على أن العمل كالعين، بخلاف الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان، فإن الأجير في هذه الأشياء، لا يملك حبس العين لقبض الأجرة، فعلى هذا يباع الثوب، فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء، والثلثان إلى البائع.

وإن كان قد استأجر المشترى من قصر الثوب، وطحن الطعام ولم يدفع إليه الأجرة دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثمن، لأن الزيادة حصلت بفعله، فقضى حقه من بدله/المهذب ١ : ٣٣٢.

(٣) (وإن) : في ب وفي آ، حـ فإن.

(٤) (الغرماء) : في ب وساقطة من آ، حـ.

من قلع ذلك (١) وامتنع البائع من دفع قيمة الغراس والبناء، (وتملكها)(٢) مع الأرض، أو بذل الأرش مع القلع، فقد نقل المزني رحمه الله، (فيه)(٣) قولين :

---

(١) لم يجبروا لقوله ﷺ : (ليس لعرق ظالم حق) : أخرجه أبو داود والدار قطني ، والشافعي عن عروة بن الزبير عن النبي ﷺ مرسلاً ، وأخرجه أحمد ، والترمذي ، وحسنه ، وأعله بالإرسال ، والنسائي وأبو داود من طريق سعيد بن زيد ، ورجح الدارقطني إرساله أيضاً .

وقد اختلف مع ترجيح الإرسال من هو الصحابي الذي روى من طريقه ؟ فقيل جابر ، وقيل : عائشة ، وقيل : عبد الله بن عمر ، ورجح ابن حجر العسقلاني الأول، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافاً كثيراً، ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة ، وفي إسناده معه وهو ضعيف ورواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما من حديث كثير ابن عبد الله بن عمر بن عوف عن أبيه عن جده، وعلقه البخاري/مختصر سنن أبي داود ٤ : ٢٦٥ ولفظ حديث سعيد بن زيد قال ، قال رسول الله ﷺ : (من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق) . /مختصر أبي داود ٤ : ٢٦٥

وفي حديث رواه جعفر الصادق رضي الله عنه عن أبيه عن سمرة بن جندب رضي الله عنه (أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار قال : ومع الرجل أهله ، قال : وكان سمرة يدخل إلى نخلة فيتأذى به الرجل ويشق عليه ، فطلب إليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له ، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى ، فطلب إليه يناقله فأبى ، قال/فهبه لي ولك كذا وكذا أمراً رغبه فيه ، فأبى فقال : أنت مضار ، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري إذهب فاقلع نخله ، وفي سماع محمد الباقر أبي جعفر من سمرة نظر ، والله تعالى أعلم سنن أبي داود ٢ : ٢٨٣ .

وهذا غرس وبناء بحق .

(٢) (وتملكهما) : في حـ وفي أ ويملكها وفي ب وتملكها .

(٣) (فيه) : في آ ، ب وساقطة من حـ

أصحهما : أنه لا يرجع[1].

والثاني : أنه يرجع[2] .

وكان أبو الفياض، وأكثر البصريين، يخرجها على حالين فيقول:

- إن كانت قيمة الغراس والبناء، أقل من قيمة الأرض، فله أن يرجع[3].

- وإن كانت أكثر من قيمة الأرض، لم يرجع[4].

---

(١) لأن الأرض قد صارت مشغولة بملك غيره ، فسقط حقه من الرجوع فيها ، كما لو اشترى من رجل مسامير ، وسمر بها باباً ثم أفلس البائع ، فإنه ليس للبائع للمسامير أن يرجع فيها ، ولأن رجوع البائع في عين ماله ، إنما جعل له لإزالة الضرر عنه ، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لأزلنا عنه الضرر ، وألحقنا بالمفلس والغرماء ، لأنه لا يبقى لهما طريق إلى غراسهم وبنائهم : /المجموع ١٣ : ٣٢٧ .

(٢) أنه يرجع في أرضه ، وإن لم يبذل قيمة الغراس والبناء ، لقوله ﷺ : (صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ولم يفرق) ولأن أكثر ما فيه أنه وجده مشغولاً بملك غيره ، وذلك لا يسقط حقه من الرجوع كما لو باع ثوباً فصبغه المشترى بصبغ من عنده . /المجموع ١٣ : ٣٢٧ .

(٣) لأن الغراس والبناء تابع ، فلم يمنع الرجوع .

(٤) لأن الأرض صارت كالتبع للغراس والبناء ، وحمل القولين على هذين الحالين . وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق : إلى أنها على قولين : أحدهما : يرجع لأنه وجد عين ما له مشغولاً بملك المفلس ، فثبت له الرجوع ، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده .

والثاني : لا ييرجع ، لأنه إذا رجع في الأرض ، بقي الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شرب ، فيدخل الضرر على المفلس ، والضرر لا يـزال بالضرر . /المهذب ١ : ٣٣٣ .

فإن قلنا: أنه لا يرجع، فهل يجبر على بيع (الأرض مع الغراس والبناء) لحق الغرماء؟ فيه قولان:

أحدهما: يجبر[2].

والثاني: لا يجبر[3].

(وإذا)[4] بيعا، واحتيج إلى (قيمة)[5] الثمن، فإنه (يعطى)[6] البائع من الثمن ما قابل قيمة الأرض بيضاء على أظهر الوجهين.

وقيل: (يعطى) ما قابل قيمة الأرض ذات غراس وبناء، حكاهما أبو علي بن أبي هريرة.

---

(١) (الأرض مع الغراس والبناء): في آ، ب وفي حـ الغراس والبناء مع الأرض.

(٢) يجبر على بيعها مع البناء والغراس، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما على ما ذكر من التقسيط، لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فبيع الجميع، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده، فرجع بائع الثوب فيه، وامتنع من دفع قيمة الصبغ، فإن الثوب يباع مع الصبغ وكذلك إذا كان المبيع جارية فولدت في يد المشترى، ورجع بائع الجارية، فإنها تباع مع الولد، وكذلك إذا كانت مرهونة فولدت في يد المرتهن، فإنه يباع معها/المجموع ١٣/ ٣٢٨.

(٣) لا يجبر على بيع أرضه، وهو المشهور، لأنه يمكن إفراد الغراس والبناء بالبيع، فلم يجبر البائع على بيع أرضه. قالوا في البيان والروضة والحاوي: بخلاف الصبغ، فإنه لا يمكن إفراده بالبيع وكذلك ولد الجارية، إنما وجب بيعه، لأنه لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير/المجموع ١٣ : ٣٢٨.

(٤) (وإذا): في آ، ب وفي حـ فإذا.

(٥) (قسمه): في حـ وفي آ، ب قيمة.

(٦) (يعطى): في حـ وفي آ، ب يعطي.

فإن اشترى أرضاً من واحد، وغراسا من آخر، وغرسه في الأرض، ثم أفلس (بثمنهما)[1] كان لهما الرجوع في (البيع)[2]، وهل لصاحب الأرض أن يقلع الغراس بغير ضمان؟ فيه وجهان:

أظهرهما : أنه لا يجوز[3] .

وإن كان المبيع من ذوات الأمثال[4]، فخلطه بمثله من جنسه، فللبائع أن يرجع في عين ماله[5]، فإن طلب البائع البيع[6]، وامتنع المفلس فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان؛

---

(١) (بثمنهما) : في حـ وفي آ ، ب بثمنها .

(٢)(البيع) : في آ ، ب وفي حـ المبيع .

(٣) لأنه ليس بعرق ظالم ، ولأنه لو كان باقياً على ملك المفلس ، لم يكن لصاحب الأرض أن يطالب بقلعة من غير ضمان ، فكذلك من انتقل إليه منه .
والثاني : أنه يجوز ، لأنه إنما يباع منه الغراس مقلوعاً ، فكان عليه أن يأخذه مقطوعاً ، ويفارق المفلس ، لأنه غرسه في ملكه فثبت حقه في ذلك .
قال ابن الصباغ : إذا اشترى من رجل حباً فزرعه في أرضه ، ومن آخر ماء فسقاه به فنبت وأفلس ، فإنهما يضربان مع الغرماء بثمن الماء والحب ، ولا يرجعان بالزرع ، لأن عين مالهما غير موجودة فيه ، فهو ما لو اشترى طعاماً فأطعمه عبده حتى كبر ، فإنه لا حق له في العبد ، ولأن نصيب الماء غير معلوم لأحد من الخلق .
قال العمراني : قلت : وقد مضى في البذر وجه آخر أنه يرجع فيهما ، فتحتمل أن يكون لابن الصباغ اختيار أحدهما .

(٤) كالحبوب والأدهان أو ما يكال أو يوزن .

(٥) لأن عين ماله موجود من جهة الحكم ، ويملك أخذه بالقسمة ، فإن رجع واتفقا على القسمة ، قسم ودفع إليه مثل مكيلته /المهذب ١ : ٣٣٣ .

(٦) (البيع) : في حـ وساقطة من أ ، ب .

أحدهما : لا يجبر[1].

وإن خلطه بأردأ منه، فله أن يرجع فيه[2]، وفي كيفية رجوعه وجهان:

قال أبو إسحاق: يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، فيكون للبائع ما قابل قيمة زيته[3].

(والمنصوص عليه)[4]: أن البائع يأخذ مكيلته من[5] الزيت إن شاء[6].

وحكى الشيخ أبو نصر رحمه الله (أنه)[7] إن شاء أن يرجع في العين، كان (له)[8] وجهاً واحداً، وإن أراد البيع، كان (له)[9] وجهاً واحداً.

---

(١) لأنه تمكن القسمة/فلا يجبر على البيع ، كالمال بين الشريكين .
والثاني : يجبر ، لأنه إذا بيع ،وصل البائع إلى بدل ماله بعينه ، وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله ولا إلى بدله/المهذب ١ : ٣٣٣ .

(٢) لأن عين ماله موجودة من طريق الحكم ، نملك أخذه بالقسمة .

(٣) لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل ، كان ذلك أنقص من حقه ، وإن أخذ أكثر من زيته ، كان ربا فوجب البيع/المهذب ١ : ٣٣٣ .

(٤) (والمنصوص عليه) : في آ ، ب وفي حـ فالمنصوص .

(٥) (مكيلته من) : في آ ، حـ وساقطة من ب .

(٦) لأنه وجد عين ماله ناقصاً ، فرجع فيه مع النقص ، كما لو كان عين ماله ثوباً فحدث به عيب عند المشتري .

(٧) (أنه) : في حـ وساقطة من أ ، ب .

(٨) (له) : في ب ، حـ وساقطة من آ .

وإن خلطه بأجود منه، ففيه قولان :

أحدهما : أنه يرجع فيه، وهو اختيار المزني رحمه الله[١] .

والثاني : أنه يسقط حقه من الرجوع، وهو الأصح[٢] .

ـ فإن قلنا: أنه يرجع، ففي كيفية الرجوع قولان :

أحدهما : أنه يباع الزيتان[٣] .

الثاني : أنه يرجع من الزيت بقيمة (مكيلته)[٤] زيته ويكون قد أخذ بعض حقه، وترك بعضه[٥] .

وإن كان قد خلطه بغير جنسه[٦]، كالزيت خلطه بالبزر ودقيق البر، بدقيق الشعير، فقد بطل حقه من الرجوع في عينه. وهل يبطل حقه من ثمنه؟ فيه وجهان :

أحدهما : أن حقه قد بطل من ثمنه.

---

(١) لأنه وجد عين ماله مختلطاً بما لا يتميز عنه ، فأشبه إذا خلطه بمثله أو كان ثوباً فصبغه .

(٢) لأن عين ماله غير موجود حقيقة ، لأنه اختلط بما لا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكماً لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه ، ويخالف إذا خلطه بمثله ، لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته ويخالف الثوب إذا صبغه ، لأن الثوب موجود ، وإنما تغير لونه/المهذب ١ : ٣٣٣ .

(٣) ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل، لأنه يأخذ أكثر من حقه، ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل، لأنه ربا، فوجب البيع .

(٤) (مكيلته) : في آ ، ب وفي حـ مكيلة .

(٥) أي باختياره .

(٦) أي بأردأ منه ، مثل زيت الزيتون بزيت السمسم.

والثاني : لا يبطل حقه من ثمنه، وهـو قول أبي علي بن أبي هريرة .

فإن أسلم رجل في شيء، فأفلس المسلم إليه(١)، وكان رأس المال تالفاً، ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، فيشترى له بذلك بما يخصه بحكم القسمة.

وقال أبو إسحاق: له أن يفسخ العقد، ويضرب مع الغرماء بقدر رأس المال(٢) .

فإن وهب المفلس مالاً لرجل برضاء غرمائه، صح .

وحكى في الحاوي : فيه قولين :

---

(١) قبل أن يأخذ المسلم فيه ، فإن أراد المسلم أن يأخذ المسلم فيه بدون الصفة التي أسلم فيها ، لم يجز من غير رضا الغرماء لأن حقوقهم تعلقت بماله ، وإن رضى المفلس والغرماء بذلك جاز، لأن الحق لهم ولا يخرج عنهم .

فإن كان المفلس هو المسلم إليه ، فحجر عليه قبل أن يقبض المسلم المسلم فيه ، فإن كان المسلم فيه موجوداً في مال المسلم إليه أخذ من ماله منه ، وإن كان معدوماً اشترى له بما يخصه من ماله من جنس المسلم فيه ، لأن أخذ العوض عن المسلم فيه فلا يجوز/المجموع ١٣ : ٣٣٣ .

(٢) أي المسلم بالخيار، بين أن يقيم بالعقد ويضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، وبين أن يفسخ العقد ، فيضرب مع الغرماء برأس مال المسلم كما قال الشافعي رضي الله عنه .

والمنصوص : أنه لا يملك فسخ العقد ، بل يضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، كما أن البائع إذا وجد المبيع تالفاً ، ليس له أن يفسخ البيع ويضرب بقيمة العين المبيعة ، ويفارق إذا انقطع المسلم فيه ، لأن له غرضاً في الفسخ ، وهو أنه يرجع برأس ماله في الحال ـ وعليه مشقة في التأخير ـ إلى وجود المسلم فيه/المجموع ١٣ : ٣٣٤ .

فإن اكترى أرضاً للزراعة، فأفلس المكترى بالأجرة[١]. وقد بقي من المدة شيء ففسخ فيما بقي من المدة والزرع لم يستحصد[٢]، ودعا بعض الغرماء إلى القطع، وبعضهم إلى التبقية[٣]، وكان مما إذا قطع له قيمة، كالقصيل الذي يقطع في العادة، ففيه وجهان :

أظهرهما : أنه يقدم قول من دعا إلى القطع[٤].

والثاني : أنه يجاب من طلب التبقية، وهو قول أبي إسحاق، وينفق عليه من مال المفلس.

(وأما إذا)[٥] اكترى داراً سنة، وأفلس المكرى، وانهدمت الدار في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة[٦]، فإن كان قد

(١) فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ ، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان المبيعة في البيع ، ثم إذا أفلس المشترى والعين باقية ، ثبت له الفسخ ، فكذلك إذا أفلس المكترى والمنافع باقية ، وجب أن يثبت له الفسخ/المهذب ١ : ٣٣٤ .

(٢) فإن اتفق الغرماء والمفلس تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد ، لزم المكري قبوله ، لأنه زرع بحق ، وقد بذل الأجرة لما بقي ، فلزمه قبولها وإن لم يبذل له الأجرة ، جاز له المطالبة بقطعه ، لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء ، والضرر لا يزال بالضرر وفي تبقيته من غير عوض ، أضرار بالمكري ./المهذب ١ : ٣٣٤ .

(٣) فإن كان الزرع لا قيمة له في الحال كالطعام في أول ما يخرج من الأرض ، لم يقطع ، لأنه إذا أقطع لم يكن له قيمة ، وإذا ترك ، صار له قيمة فقدم قول من دعا إلى الترك .

(٤) لأن من دعا إلى القطع ، تعجل حقه فلم يؤخر .

(٥) (وأما إذا) : في ب ، وفي حـ إذا وفي أ فإذا ما .

(٦) وسقط من الأجرة بقدر ذلك ، ثم إن وجد عين ماله ، أخذ بقدر ذلك ، وإن لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره/المغني لابن قدامة ٤ : ٣٣١ .

قبض الأجرة، رجع المكتري بقسطه ما بقي من المدة، فإن كان[1]

- قبل قسمه ماله بين غرمائه، ضرب مع الغرماء .
- وإن كان بعد القسمة، فهل يرجع مع الغرماء؟ فيه وجهان:

أحدهما : أنه لا يرجع.
والثاني : أنه يرجع بحصته[2].

فإن اكترى رجلاً ليحمل له طعاماً، فأفلس المكترى قبل أن يصل إلى البلد، كان له فسخ الاجارة فيما بقي، ويضع الطعام عند الحاكم إذا كان الموضع آمناً.

فإن وضعه على يد عدل بغير إذن الحاكم، ففيه وجهان كالمودع إذا ترك الوديعة على يد ثقة بغير إذن الحاكم وسافر.

---

(١) (قد قبض الأجرة .... فإن كان) : في ب ، حـ وساقطة من أ .

(٢) لأن سبب وجوبه قبل الحجر ، ولذلك يشاركهم إذا وجب قبل القسمة .
قال الشافعي رحمه الله : وإذا اكترى الرجل من الرجل الدار ، ثم فلس المكري ، فالكراء ثابت إلى مدة ثبوت البيع ، مات المفلس أو عاش ، وهكذا قال بعض أهل ناحيتنا في الكراء ، وزعم في الشراء ، أنه إذا مات ، فإنما هو أسوة الغرماء ، وقد خالفنا غير واحد من الناس في الكراء ففسخه إذا مات المكترى أو المكري ، لأن ملك الدار قد تحول لغير المكري ، والمنفعة قد تحولت لغير المكتري وقال : ليس الكراء كالبيوع ، ألا ترى أن الرجل يكتري الدار فتنهدم ، فلا يلزم المكري أن يبنيها ، ويرجع المكتري بما بقي من حصة الكراء ؟ ولو كان هذا بيعاً لم يرجع بشيء ، فيثبت صاحبنا والله يرحمنا وإياه الكراء الأضعف لأننا نتفرد به دون غيرنا في مال المفلس ، وإن مات بجعله للمكتري وأبطل البيع ، فلم يجعله للبائع ، ولو فرق بينهما لكان البيع أولى أن يثبت للبائع من الكراء للمكتري ؟ لأنه ليس بملك تام ،
وإذا جمعنا نحن بينهما لم ينبغ له أن يفرق بينهما/الأم للإمام الشافعي ٣ : ٢٠٦ .

وإذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه، ففي حجره وجهان :

أحدهما : يرتفع الحجر عنه من غير حكم(١).

والثاني : (أنه) لا يرتفع إلا بحكم(٢).

ومن مات وعليه (ديون)(٣)، تعلقت بماله، كما يتعلق بالحجر في حال حياته .

وقال مالك: لا يتعلق ديونه بماله .

وإن كان عليه دين مؤجل، حل بموته(٤) .

وحكي عن الحسن البصري أنه قال: لا يحل الدين المؤجل بموت من عليه، وهو قول أحمد(٥).

---

(١) لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه ، حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق .

(٢) لأنه حجر ثبت بالحاكم ، فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر .

(٣) (ديون) : في ب ، وفي آ ، حـ دين .

(٤) لما روى ابن عمر رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قال : إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فالذي عليه مال والذي له إلى أجله) الموطأ : ٢ : ٦٧٢ ولأن الأجل جعل رفقاً بمن عليه الدين ، والرفق بعد الموت أن يقضي دينه وتبرأ ذمته . والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : نفس المؤمن مرتهنة في قبره بدينه إلى أن يقض عنه) المهذب ١ : ٣٣٤ ، السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٤٩ .

(٥) إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل تحل بالموت ؟ فيه روايتان :

الأولى : لا تحل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين ، وعبيد الله بن الحسن ، وإسحاق ، وأبي عبيد =

فإن تصرف الوارث في الشركة، قبل (قضاء)[1] الدين، ففي صحة تصرفه وجهان :

أحدهما : أنه يصح[2] .

والثاني : لا يصح[3] .

= وقال طاوس ، وأبو بكر بن محمد ، والزهري ، وسعيد بن إبراهيم : الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن/والرواية الأخرى : أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبي ، والنخعي، وسوار ، ومالك ، والثوري ، والشافعي وأصحاب الرأي لأنه لا يخلو ، : إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة أو يتعلق بالمال لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها ، وتعذر مطالبته بها . ولا ذمة الورثة ، لأنهم لم يلتزموها ، ولا رضي صاحب الدين بذممهم ، وهي مختلفة متباينة ، ولا يجوز تعليقه على الأعيان ، وتأجيله لأنه ضرر بالميت ، وصاحب الدين ، ولا نفع للورثة فيه .

أما الميت ، فلأن النبي ﷺ قال : (الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه) وأما صاحبه ، فيتأخر حقه وقد تتلف العين ، فيسقط حقه .

وأما الورثة ، فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ، ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة ، فلا يسقط حظ الميت ، وصاحب الدين ، لمنفعة بهم .

ولنا : ما ذكرنا في المفلس ، ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق ، وإنما هو ميقات للخلافة ، وعلامة على الوراثة وقد قال النبي ﷺ : (من ترك حقاً أو مالاً فلورثته) نيل الأوطار : ٢٥١ : وما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المرسلة ، ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ، ولا خلاف في فساد هذا ، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ، ويتعلق بعين ماله ، كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه/ المغني لابن قدامة ٤ : ٣٢٧ .

(١) (قضاء) : في آ ، حـ وفي ب انقضاء .

(٢) لأنه حق تعلق بالمال من غير رضى المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض .

(٣) لأنه مال تعلق به دين ، فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من لـه الحق كالمرهون . =

فإن باع عبداً ومات، وتصرفت الورثة في التركة، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً، فرده، أو وقعت بهيمة في بئر، كان حفرها، ففي تصرف الورثة وجهان :

أحدهما : أنه صحيح[1].

والثاني : أنه يبطل[2].

(فإن)[3] كان في غرمائه من وجد عين ماله، رجع فيها[4].

وقال مالك: لا يرجع فإن كان له وفاء بديونه لم يرجع من وجد عين ماله (فيها)[5].

وقال أبو سعيد الاصطخري: له أن يرجع فيها[6].

= وإن قلنا : أنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين ، نفذ تصرفه ، وإن يقض فسخنا.

(١) لأنهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد .

(٢) لأنا تبينا أنهم تصرفوا والدين معلق بالتركة .

(٣) (فإن) : في جـ وفي أ ، ب وإن .

(٤) فإن لم تف التركة بالدين ، فهو بالخيار ، بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله ، لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : في رجل أفلس ، هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ : أيما رجل مات ، أأو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه) سبق تخريجه .

(٥) (فيها) : في آ ، ب وفي حـ رجع فيها ، وفي المسألة وجهان ، الأول قول أبي سعيد الأصطخري .

(٦) لحديث أبي هريرة السابق .

والثاني : لا يجوز أن يرجع في عين ماله ، وهو المذهب لأن المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع كالحي المليء . وحديث أبي هريرة قد روى =

إذا قسم ماله بين غرمائه، ثم ظهر له غريم آخر، شاركهم فيما أخذوه على قدر دينه[1] .

وحكى أصحاب (مالك عن مالك) (نحو) ذلك[2].

وحكى أصحابنا عنه: خلاف ذلك[3].

= فيه أبو بكر النيسابوري . وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء/المهذب للشيرازي ١ : ٢٣٤ .

(١) لأنه غريم ، لو كان حاضراً قاسمهم ، فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم ، كغريم الميت ، يظهر بعد قسم ماله وليس قسم الحاكم ماله حكماً ، إنما هو قسمة بأن الخطأ فيها ، فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر ، أو قسم أرضاً بين شركاء ، ثم ظهر شريك آخر، أو قسم الميراث بين ورثة ، ثم ظهر وارث سواه ، أو وصية ، ثم ظهر موصى له آخر المغنى لابن قدامة ٤ : ٣٣١ .

(٢) (مالك نحو) : مالك عن مالك نحو ذلك . في آ ، حـ وفي ب غير واضحة .

(٣) وحكى عنه : لا يحاصهم، لأنه نقض لحكم الحاكم : المغني لابن قدامة ٤ : ٣٣١ .

بـــاب الحجر (١)

....

(١) (باب الحجر) : غير واضحة في حـ.

قال الإمام السرخسي : اعلم أن الله تعالى خلق الورى ، وفاوت بينهم في الحجى ، فجعل بعضهم أولي الرأي والنهى ، ومنهم أعلام الهدى ، ومصابيح الدجى ، وجعل بعضهم مبتلى ببعض أصحاب الردى ، فيما يرجع إلى معاملات الدنيا ، كالمجنون الذي هو عديم العقل ، والمعتوه الذي هو ناقص العقل ، فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات ، نظراً من الشرع لهما واعتباراً بالحجر الثابت على الصغير في حال الطفولة بسبب عدم العقل ، بعد ما صار مميزاً بسبب نقصان العقل ، وذلك منصوص عليه في الكتاب فيثبت الحجر في حق المعتوه والمجنون استدلالاً بالنصوص بطريق التشبيه لأن حالهما دون حال الصبي فالصبي عديم العقل إلى الإصابة عادة ، والمجنون عديم العقل إلى الإصابة عادة ، ولهذا جاز إعتاق الصبي في الرقابة الواجبة دون المجنون ، فأما إذا بلغ عاقلاً فلا حجر عليه بعد ذلك على ما قال أبو حنيفة رحمه الله : الحجر على الحر باطل ، ومراده : إذا بلغ عاقلاً .

وحكى عنه أنه كان يقول : لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة : على المفتي=

= الماجن، وعلى المتطبب الجاهل، وعلى المكاري المفلس، لما فيه من الضرر الفاحش إذا لم يحجر عليهم.

فالمفتي الماجن: يفسد على الناس دينهم، والمطبب الجاهل: يفسد أبدانهم، والمكاري المفلس: يتلف أموالهم، فيمتنعون من ذلك دفعاً للضرر: /المبسوط للإمام السرخسي ٢٤ : ١٥٦ - ١٥٧.

تعريف الحجر لغة: المنع، والتضييق، ومنه سمي الحرام حَجْراً: (قال الله تعالى: ﴿ويقولون حجراً محجوراً﴾ سورة الفرقان الآية ٢٢ أي حراماً محرماً، ومنه سمي الحطيم حجراً لأنه منع من الكعبة، ومنه سمي العقل حجراً، لأنه يمنع عن القبائح ومنه قوله تعالى: ﴿هل في ذلك قسم لذي حجر﴾ سورة الفجر الآية ٥ أي لذي عقل: /المجموع ١٣/٣٤٤، والمغني لابن قدامة ٤ : ٣٤٣ ومجمع الأنهر ٢ : ٤٣٧، ودر المنتقى شرح الملتقى ٢ : ٤٣٧، ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢ : ١٦٥.

تعريف الحجر شرعاً: المنع من التصرفات المالية/ مغني المحتاج ٢ : ١٦٥، وجاء في مجمع الأنهر: منع نفاذ تصرف قولي/مجمع الأنهر ٢ : ٤٣٧ والدر المنتقى عليه. وعرفه ابن عرفة: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه، قال وبه دخل حجر المريض والزوجة/بلغة السالك لأقرب المسالك ٢ : ١٣٧.

والحجر على ضربين:

١ - حجر على الإنسان لحق نفسه وهم ثلاثة: الصبي، والمجنون، والسفيه، وهذا الباب مختص بهؤلاء الثلاثة. والحجر عليهم حجر عام، لأنهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم. والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾ سورة النساء الآية ٥ قال سعيد بن جبير وعكرمة: هو مال اليتيم عندك، لا تؤته إياه وأنفق عليه. وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء، وهي لغيرهم، لأنهم قوامها ومدبروها.

وقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾ أي اختبروهم في حفظهم لأموالهم، ﴿حتى إذا بلغوا النكاح﴾ أي مبلغ الرجال والنساء، ﴿فإن آنستم =

تثبت الولاية في مال الصغير، والمجنون للأب[1] ثم الجد، فإن عدما فالسلطان .

وقال أبوسعيد الاصطخري : تثبت الولاية للأم عند عدم الأب، والجد[2] .

(وهل)[3] يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب، والجد في ثبوت الولاية لهما على ولدهما؟

ذكر القاضي أبو الطيب رحمه الله : في ذلك وجهين .

منهم رشداً﴾ أي أبصرتم، وعلمتم منهم حفظاً لأموالهم وصلاحاً في تدبير معايشهم. سورة النساء، الآية ٦.

وقوله تعالى : ﴿ فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً ﴾ سورة البقرة، الآية ٢٨٢. وقد فسر الشافعي رضي الله عنه السفيه بالمبذر، والضعيف بالصبي ، والكبير بالمختل ، والذي لا يستطيع أن يمل بالمغلوب على عقله فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم ، فدل على ثبوت الحجر عليهم . /مغني المحتاج ٢ : ١٦٥ .

٢ ـ حجر على الإنسان لحق غيره وهم خمسة : المفلس لحق غرمائه ، والمريض يحجر عليه في التبرع بزيادة على الثلث ، أو التبرع بشيء لوارث ، لحق ورثته . المكاتب والعبد لحق سيدهما الراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن ، ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها .

(١) إذا كان عدلاً ، لأن له ولاية في حق الصغير ، فقدم الأب ، والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح .

(٢) تستحق النظر في مال ولدها ، لأنها أحد الأبوين ، وقال أحمد بن حنبل : أن عمر أوصى إلى حفصة .

والوجه الثاني : أنه لا وصية لها وهو المذهب ، بل النظر ، إلى السلطان ، وروى عن عطاء بن أبي رباح أنه قال في رجل أوصى إلى امرأته قال : لا تكون المرأة وصياً ، فإن فعل حولت إلى رجل من قومه ـ المجموع ١٣ : ٣٤٦ ولأنها ولاية ثبتت للأم كولاية النكاح المهذب/١ : ٣٣٥ .

(٣) (وهل) : في ب ، وفي آ ، حـوها .

أحدهما : أنه يكتفى بظاهر العدالة فيه .

والثاني : أنه لا يكتفى بذلك[1] .

فأما الوصي، وأمين الحاكم فلا تثبت ولايتهما ، ولا تصرفهما حتى يثبت عنده الحظ في تصرفهما بالبينة، (ولا)[2] يقبل قولهما في ذلك من غير بينة[3] .

وذكر القاضي أبو الطيب رحمه الله في المجرد وجهاً آخر : أنه يقبل قولهما، ويمضي ببيعهما من غير بينة.

وقال الشيخ أبو نصر رحمه الله: وله عندي وجه[4] .

وإذا بلغ الصغير، وادعى على الأب أنه باع لغير حظ، (ولم)[5] يقبل قوله إلا ببينة.

وفي الوصي وجهان :

أشهرهما عند أصحابنا: أنه يحتاج إلى إقامة البينة[6].

---

(١) يحتاج إلى الثبوت لولايتهما عنده ، كما يحتاج إلى ثبوت عدالة الشهود عنده المجموع ١٣ : ٣٥٠ .

(٢) (ولا) : في ب ، حـ وفي أ فلا .

(٣) الوجه الأول : وهو المشهور ، إنه لا يمضي ذلك حتى تقوم عنده البينة على الحظ أو الغبطة له ، لأن غير الأب والجد يلحقه التهمة ، فلم يقبل قوله من غير بينة بخلاف الأب والجد .

(٤) قال ابن الصباغ عن الوجه الثاني (لأبي الطيب في الجرد) وهذا له عندي وجه ، لأنه إذا جاز لهما التجارة في ماله ، فيبيعان ويشتريان ، ولا يعترض الحاكم عليهما ، جاز أيضاً في العقار . / المجموع ١٣ : ٣٥ .

(٥) (لم) : في ب وفي أ ، حـ ولا .

(٦) لأن التهمه تلحقه . وبهذا لا يجوز له أن يشتري مال الولي عليه من نفسه . فلم يقبل قوله من غير بينة بخلاف الأب والجد .

فأما الإنفاق علَى الصبي[1] وعلى عقاره[2]، فهل يقبل فيه قول الأمين والوصي من غير بينة؟ فيها وجهان :

أحدهما : لا يقبل (دعواه)[3] كما لا يقبل في الحظ (في)[4] البيع .

---

(١) وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار لقوله تعالى : ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً﴾ سورة الفرقان، الآية ٦٧. وإن رأى أن يخلط ماله بماله في النفقة جاز، لقوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى، قل إصلاح لهم خير، وإن تخالطوهم فإخوانكم، والله يعلم المفسد من المصلح﴾ سورة البقرة، الآية ٢٢٠.

(٢) قال الشافعي رضي الله عنه : يبني له بالآجر والطين ، ولا يبني له باللبن والحصى لأن اللبن يهلك ، والآجر يبقي ، والحصى يلزق ، فربما أحتيج إلى نقص شيء من الآجر فلا يتلخص من الحصى ولأن الحصى يجحف به ، والطين لا يجحف به .

قال في البيان تعليق على قول الشافعي : وهذا في البلاد التي يعزفيها وجود الحجارة فإن كان في بلد يوجد فيه الحجارة كانت أولى من الآجر ، لأنها أكثر بقاء، وأقل مؤنة وأقول تعليقاً على الشافعي رحمه الله : أرى أن حكمه كان مبنياً على عرف زمانه ولذلك يبنى للصغير حسب العرف والزمان بما هو أصلح للصغير والله أعلم .

ويبيع له العقار إلا في موضعين :

أحدهما : أنه تدعو إليه ضرورة بأن يفتقر إلى النفقه ،وليس له مال غيره ، ولم يجد من يقرضه .

والثاني : أن يكون له في بيعه غبطه ، وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشتري ببعض الثمن مثله ، لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ ، وفيما سواهما لاحظ فيه ، فلم يجز / المهذب ١ : ٣٣٦ .

(٣) (دعواه) : في ب وساقطة من أ ، حـ .

(٤) (في) : في ب ، حـ وفي آ من .

والثاني: يقبل وهو الأصح، كما يقبل من الأب، والجد .

فإن بيع في شركته بشقص، (وكـان الحظ في الأخذ)[1]، لـم يترك[2]، وإن كان الحظ في الترك، لم يأخذ[3]، فإن ترك الأخذ والحظ فيه، فبلغ الصبي، وأراد الأخذ، لم يكن له ذلك على المنصوص[4].

ومن أصحابنا من قال : له أن يأخذ[5].

فإن كان له سلعة تساوي مائة نقداً، ومائة وعشرة نسيئة، فباعها بمائة وعشرين نسيئة، وأخذ (بها)[6] رهناً[7]، ففيه وجهان :

---

(١) (وكان الحظ في الأخذ) : في آ ، حـ وفي ب وكان الأخذ في الحظ .

(٢) بأن كان له مال يريد أن يشتري له به عقاراً ، أخذ له بالشفعة .

(٣) بأن كان لا مال له ، يريد أن يشتري له به ، أو كان ذلك في موضع قد أشرف على الهلاك أو بيع بأكثر من قيمته ، لم يأخذ له بالشفعه .

(٤) لأن ما فعله الولي مما فيه الحظ ، لا يملك الصبي بعد بلوغه رده .

(٥) وإن ترك الولي الأخذ له في موضع رأى الحظ له في الترك ، فأراد الصبي بعد بلوغه أن يأخذه ففيه وجهان :

من أصحابنا من قال: له ذلك، لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما فيه حظ وفيما لاحظ له ، والمنصوص أنه ليس له ذلك : لأن الولي قد اختار الترك بحسن نظره ، فلم يكن له نقض ذلك ، كما لو أخذ له ـ والحظ في الأخذ ـ فإنه لا يملك الصبي بعد البلوغ الرد ، فإن ادعى بعد البلوغ أن الولي أخذ ـ والحظ في الترك ـ أو الترك والحظ في الأخذ .

فإن أقام بينه على ذلك ، حكم له به ، وإن لم يقم بينة فإن كان الولي أباً أو جداً ، فالقول قولهما مع يمينهما ، وإن كان غيرهما من الأولياء ، لم يقبل قوله من غير بينة / المجموع ١٣ : ٣٥٠ ـ ٣٥١ والمهذب للشيرازي ١ : ٣٣٦ .

(٦) (بها) : في أ ، حـ وفي ب بهما .

(٧) قال أبو إسحاق الشيرازي : ولا يبيع ماله نسيئة من غير غبطة ، فإن كانت السلعة =

أحدهما : لا يجوز[1].

والثاني : أنه يجوز، وهو ظاهر النص، وقول أبي إسحٰق[2].

وحكى في الحاوي عن أبي سعيد الأصطخري: إنه يأخذ الرهن على ما زاد على ثمن النقد، فيتعجل ثمن السلعة نقداً، ويأخذ الرهن على (الفاضل)[3] فيجعله نسيئة، والمذهب الأول .

وذكر في الأجل، أنه لا يزيد على سنه.

والمذهب: أنه لا يتقدر، ويرجع فيه إلى العرف على حسب (المال)[4].

وإن قدر على الإقراض، والايداع من ثقة[5]، فأودع ولم يقرض، ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز[6] .

= تساوي مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة ، فباعها بمائة نسيئة ، فالبيع باطل ، لأنه باع بدون الثمن ، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن ، لم يصح البيع لأنه غرر بالمال ، فإن باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلاً وأخذ بالعشرين رهناً جاز ، لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز ، فلأن يجوز وقد زاده عشرين أولى ، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة ، وأخذ بها رهناً ففيه وجهان :/ المهذب ١ : ٣٣٦ .

(١) لأنه أخرج ماله من غير عوض .

(٢) لأنه باع بربح واستوثق بالرهن فجاز .

(٣) (الفاضل) : في ب ، حـ وغير واضحة في آ .

(٤) (المال) : في آ ، حـ وفي ب الحال .

(٥) فالإقراض أولى ، لأنه مضمون بالبدل ، والوديعة غير مضمونه ، فكان القرض أحوط .

(٦) لأنه يجوز كل واحد منهما ، فإذا قدر عليهما ، تخير بينهما .

والثاني : لا يجوز[1] .

وإذا أقرض أخذ عليه رهناً فيه، (وفاء به)[2].

ومن أصحابنا من قال (يجوز)[3] أن لا يأخذ عليه رهناً، ويشتري له العقار، ويبني له العقار.

قال أصحابنا : ويبنيه بالآجر والطين، ولا يبنيه بالآجر، والجص، ولا باللبن والطين .

قال صاحب الحاوي : وليس لهذا (التحديد)[4] وجه صحيح، لأن لكل قوم عرفا ولكل بلد عادة.

فمن البلاد مالا يحكم بناؤه إلا بالحجر والنورة، ومنها بالآجر والجص، ومنها بالآجر والطين، ومنها باللبن (والطين)[5]، ومنها بالخشب الوثيق، وهذا الذي (ذكره)[6]، حسن صحيح.

فإن أراد الولي أن يأكل من مال الصبي شيئاً[7]، وكان فقيراً (جاز

---

(١) لقوله تعالى : ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ . سورة الأنعام الآية ١٥٢ . والإقراض ههنا أحسن ، فلم يجز تركه / المهذب ١ : ٣٣٦ .

(٢) (وفاء به) : في ب ، حـ يفي آ وفا به .

(٣) (يجوز) : ف ب ، حـ وفي آ لا يجوز.

(٤) (التحديد) : في ب ، وفي آ ، حـ التحذير .

(٥) (والطين) : في آ ، حـ وساقطة من ب .

(٦) (ذكره) : في ب ، حـ وفي آ ذكر .

(٧) فان كان غنياً ، لم يجز لقوله تعالى : ومن كان غنياً فليستعفف .

له)[1] أن يأكل (منه) [2] .

وهل يضمن بدله؟ فيه قولان :

أحدهما : لا يضمن[3] .

والثاني : يضمن[4] .

(وإن)[5] كان غنياً، فقد ذكر في الحاوي، فيه وجهين :

أحدهما : أنه لا يجوز أن يأكل منه.

والثاني : أنه يجوز أن يأكل منه بقدر أجرته.

ولا ينفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ، ويؤنس منه (الرشد)[6]

---

(١) (جاز له) : في ب ، حـ وفي آ كان له .

(٢) (منه) : في آ ، حـ وساقطة من ب ، لقوله تعالى : ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ .

(٣) لأنه أجير له الأكل بحق الولاية ، فلم يضمن ، كالرزق الذي يأكله الإمام من أموال المسلمين .

(٤) لأنه مال لغيره ، أجيز له أكله للحاجة ، فوجب ضمانه ، كمن اضطر إلى مال غيره .

(٥) (وإن) : في ب ، حـ وفي أ فان .

(٦) (الرشد) : في آ ، ب وفي حـ للرشد . قال ابن المنذر : اتفقوا على ذلك ، وقد أمر الله تعالى به في نص كتابه بقوله سبحانه ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ سورة النساء الآية ٥ ، ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة ، حفظاً لما له عليه ، وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله ، فيزول الحجر لزوال سببه / المغني لابن قدامة ٤ : ٣٤٣ .

والبلوغ بالسن: أن يستكمل (خمس عشرة)[1] سنة، ولا فرق بين الغلام، والجارية، وبه قال أبو يوسف، ومحمد[2].

وروى عن أبي حنيفة: في الغلام روايتان:

أحدهما: (سبع عشرة)[3] سنة وهي رواية الأصل.

والثانية: (ثمان عشرة)[4] سنة رواها الحسن بن زياد.

وقال مالك: ليس للبلوغ من جهة السن حد، وهو قول داود.

(وقال)[5] أصحاب مالك (سبع عشرة)[6] سنة، (أو ثمان

---

(١) (خمس عشرة): في ب، وفي آ، حـ خمسة عشرة.

(٢) لأن ابن عمر قال: (عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن اربع عشرة سنه فلم يجزني في القتال، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني، السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٣٥٢. وفي لفظ: (عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني) فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب إلى عماله: (أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة) رواه الشافعي في مسنده ورواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح. الجامع الصحيح للترمذي ٤ : ٢١١.

وروى عن أنس أن النبي ﷺ قال: (إذا استكمل المولود خمس عشرة سنه كتب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود / المغني لابن قدامة ٤ : ٣٤٦ / السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٥٧.

(٣) (سبع عشرة): في ب وفي آ، حـ سبعة عشر.

(٤) (ثمان عشرة): في ب وفي آ، حـ ثمانية عشر.

(٥) (وقال): في آ، ب وفي حـ فقال.

(٦) (سبع عشرة): في ب وفي آ، حـ سبعة عشر.

عشرة)[1] سنة وإنبات الشعر الخشن على العانة الذي يحتاج إلى[2] أن يؤخذ بالموسى، يوجب الحكم بالبلوغ في حق الكفار[3]، وهل هو بلوغ في نفسه، أو إمارة على البلوغ؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه بلوغ في نفسه، فيكون بلوغاً في حق (المسلمين)[4] أيضاً وهو قول مالك[5].

والثاني: أنه دلالة على البلوغ، فهل يكون دلالة في حق المسلمين؟ فيه وجهان:

وقال أبو حنيفة: لا اعتبار بالإنبات بحال.

وأما ايناس الرشد[6]، فهو إصلاح الدين، والمال.

---

(١) (أو ثمان عشرة): في ب وفي آ، حـ أو ثمانية عشر.

(٢) (إلى): في حـ وساقطة من آ، ب.

(٣) للرجل والمرأة، لأن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة: (حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية).
وقال عطية القرظي: عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة، فشكو فيَّ فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي، هل أنبت بعد؟ فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد، فألحقوني بالذرية) السنن الكبرى ٦ : ٥٨.
وروى محمد بن يحي بن حبان: (أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر، فلم يجده أنبت فقال: لو أنبت الشعر لحددتك).
المغني لابن قدامة ٤ : ٣٤٥ - ٣٤٦ / السنن الكبرى ٦ : ٥٨.

(٤) (المسلمين): في آ، حـ وفي ب المسلم والأول هو الصحيح.

(٥) لأنه غالباً يلازمه البلوغ، وقد اعتبر علامة على بلوغ الكفار وما كان بلوغاً في حق المشركين، كان بلوغاً في حق المسلمين، كالاحتلام.

(٦) أختلف العلماءفى تأويل (رشداً) فقال الحسن وقتادة وغيرهما: صلاحاً في =

(فإصلاح) [1] الدين: أن لا يكون فاسقاً [2].

وإصلاح المال: أن لا يكون مبذراً [3].

ومتى بلغ مفسداً لماله، (أو) [4] مفسداً لدينه، استديم الحجر عليه وإن شاخ، وبه قال أبو يوسف ومحمد، ومالك [5].

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ خمسة (وعشرين) [6] سنة، انفك عنه الحجر، وقال: إذا بلغ مصلحاً لماله، ولكنه (مفسد) [7] لدينه، سلم إليه ماله [8].

= الدين والعقل، وقال ابن عباس، والسدي والثوري، صلاحاً في العقل وحفظ المال. قال سعيد بن جبير، والشعبي: إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده، فلا يدفع إلى اليتيم ماله وإن كان شيخاً حتى يؤنس منه رشده.

وقال مجاهد: (رشداً) يعني في العقل خاصةً، وقال الضحاك: لا يعطي اليتيم ماله وإن بلغ مائة سنة حتى يعلم منه إصلاح ماله.

(١) (فإصلاح): في ب وفي آ، حـ وإصلاح.

(٢) أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، ويعتبر فاسقاً.

(٣) أن يكون حافظاً لما له غير مبذر، ويختبره الولي إختبار مثله من تجارة إن كان تاجراً، وبالزراعة إن كان زارعاً. أو إصلاح آمر البيت إن كانت إمرأة.

(٤) (أو): في ب وساقطة من أ، حـ.

(٥) لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال، والحاجة قائمة مع التبذير، فوجب أن يكون الحجر باقياً وكذلك إن كان مفسداً لدينه لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً، فادفعوا إليهم أموالهم﴾ والفاسق لم يؤنس منه الرشد، ولأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق، لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير، فلم يفك الحجر عنه، ولهذا لم تقبل شهادته / المهذب للشيرازي ١ : ٣٣٨.

(٦) (وعشرين): في ب، حـ وفي آ عشر.

(٧) (مفسد): في ب، حـ وفي آ مفسداً.

(٨) قال أبو حنيفة: إذا بلغ خمساً وعشرين سنه ولم يؤنس رشده، فقد انقطع رجاء =

وإصلاحه للمال، يعرف باختباره فيما هو من أهله، وفي وقت الاختبار وجهان :

أحدهما : بعد البلوغ[1] .

والثاني : أنه يصح اختباره قبل البلوغ[2].

وفي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يسلم إليه الولي، جزءاً من المال، (فإذا ساوم)[3] وقرر الثمن (عقد)[4] الولي[5].

والثاني: أنه يسلم إليه جزءاً من المال ليساوم ويعقد[6].

والمحجور عليه الذي ذكرناه، لا يصح إقراره بالمال ولا بيعه[7]، ويصح إقراره بالنسب وما يوجب الحد.

= التأديب ، لأنه يتوهم أن يصير جداً ، لأن البلوغ بالانزال بعد اثنتي عشرة سنه يتحقق ، فإذا أحبل جاريته وولدت لستة أشهر ثم أن ولده أحبل جاريته بعد أثنتي عشرة سنة، وولدت لستة أشهر ، صار الأول جداً بعد تمام خمس وعشرين سنه ، ومن صار فرعه أصلاً ، فقد تناهى في الأصلية ، فإذا لم يؤنس رشده ، عرفنا أنه إنقطع منه رجاء التأديب ، فلا معنى لمنع المال منه بعد ذلك ./ المبسوط للسرخي ٢٤ : ١٦٢ .

(١) أي في التجارة ، لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه ، فلا يصح اختباره .

(٢) لقوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ .

(٣) (فإذا ساوم) : في ب وفي آ ، حـ فإن تساوم والصحيح الأول .

(٤) (عقد) : في ب ، حـ وفي آ عند .

(٥) لأن عقد الصبي لا يصح .

(٦) لأن هذا موضع ضرورة .

(٧) لأنه حجر عليه لحظة ، فلا يصح اقراره بالمال كالصبي ، ولأنا لو قلنا : =

وقال أبو ثور : لا يصح إقراره بمال، ولا نسب[1].

ولا يصح إقراره بجناية الخطأ، ولا بالسرقة في إيجاب المال .

وحكى في الحاوي: فيه قولاً آخر، أنه يصح إقراره بذلك .

وقال أبو حنيفة : يصح إقراره وبيعه، وإنما لا يسلم إليه ماله.

فإن مرض المحجور عليه لسفه (فقد ذكر في الحاوي : هل يغلب عليه حجر السفه)[2]، أو حجر المرض، وذكر فيه وجهين :

أحدهما : أنه يغلب عليه حجر السفه.

والثاني : يغلب عليه حجر المرض، فيصح عتقه من ثلثة (وقال الشيخ الإمام)[3]: وهذا عندي لا معنى له، فإن السفه قائم مع المرض.

والمرأة إذا أونس منها الرشد، دفع إليها مالها[4] .

= يصح اقراره ، توصل بالاقرار إلى إبطال معنى الحجر ، وما لا يلزمه بالاقرار والابتياع لا يلزمه إذا فك عنه الحجر ، لأنا أسقطنا حكم الاقرار والابتياع لحفظ المال ، فلو قلنا : أنه يلزمه إذا فك عنه الحجر ، لم يؤثر الحجر في حفظ المال ./ المهذب للشيرازي ١ : ٣٣٩ .

(١) لأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في المال ، فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين ./ المغني لأبن قدامه ٤ : ٣٥٦ .

(٢) فقد ذكر في الحاوي ..... السفه : في آ ، حـ وساقطة من ب .

(٣) (قال الشيخ الإمام) : ساقطة من آ ، ب وموجود في حـ .

(٤) أي إذا بلغت ، وأونس رشدها بعد بلوغها ، دفع إليها مالها ، وزال الحجر عنها ، وإن لم تتزوج وبهذا قال عطاء ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي وأبو ثور ، وابن المنذر / المغني لابن قدامه : ٤ : ٣٤٧ .

وقال مالك : لا ينفك الحجر عنها حتى تتزوج (ويدخل بها الزوج)[1].

فإن تصرفت المرأة في مالها بغير إذن الزوج، نفذ تصرفها[2] .

وقال مالك: لا يجوز أن (تتصرف)[3] في أكثر من الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها[4].

---

(١) (ويدخل بها الزوج) : في ب ، حـ وفي أ ويدخل الزوج بها ولما روى عن شريح أنه قال : (عهد إلي عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تُحْوِلَ في بيت زوجها حولاً ، أو تلد ولداً) رواه سعيد في سننه ، ولا يعرف له مخالف ، فصار إجماعاً ، أما مالك فقال : حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة / المغنى لابن قدامه ٤ : ٣٤٨ .

(٢) لقوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ .
ولأنها يتيم بلغ ، وأونس منه الرشد ، فيدفع إليه ماله ، كالرجل ، ولأنها بالغه رشيده ، فجاز لها التصرف في مالها ، كالتي دخل بها الزوج .

(٣) (تتصرف) : في ب ، وفي آ ، حـ يتصرف .

(٤) وحكى عنه : في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ، وليس لها غيرها فحنثت ولها زوج ، فردَّ ذلك عليها زوجها ، قال : له أن يرد عليها وليس لها عتق ، لما روى أنَّ امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ : لا يجوز للمرأة عطيَّة حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعباً؟
فقالت : نعم ، فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب ، فقال هل أذنت لها أن تتصدق بحليها؟ قال : نعم ، فقبله رسول الله ﷺ / رواه ابن ماجه / سنن ابن ماجه ٢ : ٧٩٨ .
وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ قال : في خطبة خطبها (لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذ هو=

وإذا بلغ مصلحاً لدينه، وماله، فك الحجر عنه[1]، وهل ينفك عنه من غير حكم؟ فيه وجهان :

أصحهما : أنه ينفك عنه من غير حكم[2] .

(وإن)[3] فك عنه الحجر، ثم عاد إلى (التبذير)[4]، أعيد عليه الحجر وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق، والأوزاعي، وأبو ثور، وأبو

= مالك عصمتها) رواه أبو داود ٥ : ١٩٤ ولفظه عن عبد الله بن عمرو : أن رسول الله ﷺ قال : (لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها)

ولأن حق الزوج متعلق بمالها . فإن النبي ﷺ قال : تنكح المرأة لمالها ، و جمالها ، ودينها) .

والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ، ويتبسط فيه ، وينتفع بـه، فإذا أعسر بالنفقة أنظرته ، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض . .

أما الجمهور : فقد استدلوا : بالآية ﴿وابتلوا اليتامى . . .﴾ وبما ثبت عن النبي ﷺ قال : (يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن) وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ، ولم يستفصل وأتته زينب إمرأة عبد الله ، وإمرأة أخرى اسمها زينب ، فسألته عن الصدقة : هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن ؟ فقال : نعم ولم يذكر لهن هذا الشرط / المغنى لابن قدامة ٦/ ٣٤٩ وانظر السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٦٠ .

(١) لقوله تعالى : ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ .

(٢) لأنه حجر ثبت من غير حكم ، فزال من غير حكم ، كالحجر على المجنون .

والثاني : أنه يفتقر إلى الحاكم ، لأنه يحتاج إلى نظر واختبار فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفيه . / المهذب للشيرازي ١ : ٣٣٨ .

(٣) (وإن) : في آ ، حـ وفي ب فإن .

(٤) (التبذير) : مكرره مرتين في حـ .

يوسف، ومحمد[1] .

وقال أبو حنيفة ، وزفر : لا يحجر عليه ، وتصرفه نافذ في ماله، وروى ذلك عن النخعي، وابن سيرين[2].

ولا يصير محجوراً عليه، إلا بحكم حاكم، وبه قال أبو يوسف، وهل يفتقر إلى الإشهاد عليه؟[3]. فيه وجهان :

أحدهما : لا يفتقر إلى الشهادة

والثاني: أنه يفتقر إلى الاشهاد، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة.

وقال محمد، يصير (محجوراً)[4] عليه من غير حكم[5].

فأما إذا كان مصلحاً لما له، ولكنه عاد إلى الفسق، فهل يعاد عليه الحجر؟ فيه وجهان :

---

(١) ودليلهم : إجماع الصحابة ، وروى عروة بن الزبير ، أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً ، فقال رضي الله عنه : لآتين عثمان ليحجر عليك ، فأتى عبد الله بن جعفر الزبير ، فقال : قد ابتعت بيعاً ، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان ، فيسأله الحجر علي ، فقال الزبير : أنا شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان فقال : إن ابن جعفر قد إبتاع بيع كذا فأحجر عليه ، فقال الزبير ، أنا شريكه في البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟ قال أحمد : لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي . وهذه قصة يشتهر مثلها ، ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون إجماعاً .

المغني لابن قدامه ٤ : ٣٥٢ ، والمهذب ١ : ٣٣٩ ، والسنن الكبرى ٦ : ٦١ .

(٢) لأنه حر مكلف ، فلا يحجر عليه كالرشيد .

(٣) ويستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس بحاله ، وأن من عامله ضيع ماله .

(٤) (محجوراً) : في ب وفي آ ، حـ المحجور .

(٥) لأن ذلك سبب الحجر ، فأشبه الجنون .

أحدهما : يعاد عليه الحجر، وهو قول أبي العباس بن سريج[1].

والثاني : لا يعاد عليه، وهو قول أبي إسحاق[2].

(فإن كان)[3] بتبذيره بـإنفاق المـال في ملاذه، والإسـراف في ملبوسه وشهواته، بحيث (تجاوز)[4] الحد المألوف، ففي الحجر بسبب ذلك وجهان، ذكرهما في الحاوي .

أظهرهما : أنه لا يحجر عليه.

وذكر في الشحيح[5] الذي لا يأكل على حسب كفايته، ولا يلبس على قدر حاله (بخلاً)[6].

قال أبو العباس وأبو سعيد: يحجر عليه.

والمذهب : أنه لا يحجر عليه.

---

(١) لأنه معنى يقتضي الحجر عند البلوغ ، فاقتضى الحجر بعده كالتبذير .

(٢) لأن الجر للفسق لخوف التبذير ، وتبذير الفاسق ليس بيعتين ، فلا يزال به ما تيقنا من حفظة للمال ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم ، لأن علياً كرم الله وجهه أتى عثمان رضي الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر ، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر ، فإن الغبن قد يكون تبذيراً وقد يكون غير تبذير ، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه، فلا يجوز/ المهذب للشيرازي ١ : ٢٣٩ .

(٣) (فإن كان) : في ب ، حـ وفي آ فان كانت .

(٤) (تجاوز) : في آ ، حـ وفي ب يجاوز .

(٥) الشح البخل، وشح يشح من باب قتل، وفي لغة من باب ضرب وتعب فهو شحيح، وقوم أشحاء وأشحة، وشـاح القوم بـالتضعيف إذا شح بعضهم على بعض/ المصباح المنير ١ : ٤٦٦.

(٦) (بخلاً) : ساقطة من آ ، ب وموجودة في حـ.

فإن أودع المحجور عليه مالا، فأتلفه، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب عليه ضمانه(١) .

والثاني : يجب(٢) .

ويصح طلاق المحجور عليه(٣).

وقال ابن أبي ليلى: لا يقع طلاقه.

(وأما)(٤) المرتد، فهل يصير محجوراً عليه بالردة، فيه قولان :

أحدهما : أنه يصير محجوراً عليه.

والثاني : لا يصير محجوراً عليه إلا بحكم .

فإن باع شيئاً بأذن وليه، ففي صحته وجهان(٥):

---

(١) لأن صاحبه عرضه للإتلاف بتسليمه إليه .

(٢) يجب عليه الضمان ، لأن مالكها لم يرض باتلافها ، لأن غير المحجور عليه لا يلزمه ذلك ، فالمحجور عليه أولى .

(٣) لأن الحجر لحفظ المال ، والطلاق لا يضيع المال ، بل يتوفر المال عليه . قال تعالى : ﴿الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ ولم يفرق بين المحجور عليه وغيره ، ولأنه يستفيد بالطلاق فإنه إن كان قبل الدخول ، رجع إليه نصف المهر ، وإن كان بعد الدخول ، سقطت عنه النفقه والكسوة والمصالح .

(٤) (وأما) في آ ، ب وفي حـ فأما .

(٥) الأول : يصح ، لأنه عقد معاوضه ، فملكه بالاذن كالنكاح ، ولأنه عاقل محجور عليه ، فصح تصرفه بالإذن فيه كالصبي . يحقق هذا أن الحجر على الصبي أعلى من الحجر على السفيه ، ثم يصح تصرفه بالإذن ، فهاهنا أولى ، ولأنا لو منعنا تصرفه بالإذن ، لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده وإختباره .

والثاني لا يصح ، لأن الحجر عليه لتبذيره ، وسوء تصرفه ، فإذا أذن له =

ويصح إحرامه بالحج[1]، فإن أفسده، ففي نفقة القضاء وجهان :

أحدهما: من ماله، وهو قول محمد بن الحسن .

والثاني : لا يعطيه من ماله وينتقل إلى الصوم في أحد الوجهين.

= فقد أذن فيما لا مصلحة فيه ، فلم يصح ، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة . وللشافعي وجهان كهذين / المغني لابن قدامة ٤ : ٣٥٧ .

(١) لأنه مكلف أحرم بالحج ، ولأن ذلك عبادة ، فصحت منه كسائر عباداته .

ثم إن كان أحرم بغرض : دفع إليه النفقة من ماله ليسقط الغرض عن نفسه ، وإن كان تطوعاً فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر ، دفعت إليه ، لأنه لا ضرر في إحرامه ، وإن كانت نفقة السفر أكثر ، فقال : إنا أكتسب تمام نفقتي ، دفعت إليه أيضاً ، لأنه لا يضر بماله ، وإن لم يكن له كسب ، فوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ، ويتحلل بالصيام كالمعسر ، لأنه ممنوع من التصرف في ماله ، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله ، بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده / المغني لابن قدامة ٤ : ٣٥٥ .

فهرس الموضوعات